

# A NOVA ORDEM CONTRATUAL: PÓS-MODERNIDADE, CONTRATOS DE ADESÃO, CONDIÇÕES GERAIS DE CONTRATAÇÃO, CONTRATOS RELACIONAIS E REDES CONTRATUAIS.

Rogério Zuel Gomes\*

## SUMÁRIO

1 Considerações introdutórias – 2 As transformações socioeconômicas ocorridas no século XX: fordismo e o pós-fordismo 2.1 A pós-modernidade; 2.2 A pós-modernidade e os contratos – 3 Da proliferação das modalidades contratuais à standardização: 3.1 Novos fenômenos contratuais: contratos de adesão, distrato por adesão, condições gerais de contratação, contratos relacionais e as redes contratuais: 3.1.1 Contratos de adesão; 3.1.2 Distrato e transação por adesão; 3.2 Condições gerais de contratação: 3.2.1 Aspectos interessantes na Diretiva 93/13 da Comunidade Européia – controle de cláusulas contratuais abusivas e a base CLAB; 3.2.1.1 Controle de cláusulas contratuais abusivas; 3.2.1.2 A base de dados CLAB; 3.3 Contratos relacionais; 3.4 As redes contratuais: 3.4.1 A figura do terceiro na relação contratual; 3.4.2 As redes contratuais vistas como um sistema – para uma visão além do princípio da relatividade – 4 Referências.

## RESUMO

O presente ensaio busca trazer algumas reflexões sobre a *teoria contratual contemporânea* e seus fundamentos. Para tanto, investiga os modelos contratuais verificados na atualidade pós-moderna, assim como traz

\* Mestre em Ciência Jurídica pela Univali. Professor convidado nos Cursos de Graduação e Pós-graduação da ACE, Univille, Furb, Unoesc, Unetri/MG e Escola do Ministério Público de Santa Catarina. Diretor da Comissão Permanente de Cláusulas Abusivas do Instituto Brasileiro de Política e Defesa do Consumidor (Brasilcon). Gestor do Curso de Direito da Faculdade Cenecista de Joinville (FCJ). Advogado em Joinville/SC.

ao debate algumas práticas de controle de conteúdos contratuais adotados na Comunidade Européia.

Palavras-chave: Contratos – Pós-modernidade – Adesão – Estandarização – Distrato – Condições gerais – Contratos relacionais – Redes contratuais.

Aqui tudo parece que é ainda construção e já é ruína  
Alguma coisa está fora da ordem  
Fora da nova ordem mundial [...]  
Eu não espero pelo dia em que todos os homens concordem  
Apenas sei de diversas harmonias possíveis sem juízo final  
Alguma coisa está fora da ordem  
Fora da nova ordem mundial [...]  
(Fora de ordem – Caetano Veloso)

## 1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

É consabido que a teoria contratual clássica consagrou seus fundamentos baseada nas teorias individualistas dos séculos XVIII e XIX. Dentre estes fundamentos destacamos a autonomia privada, justificadora da intangibilidade do conteúdo contratual lastreada, ainda, por outra máxima: a do *pacta sunt servanda*. A capacidade das partes se obrigarem, assentada em sua autonomia privada, apta a impor lei entre as partes, deságua num terceiro fundamento da teoria contratual clássica: o da relatividade dos contratos pactuados, não permitindo, salvo as exceções dispostas em lei, o pactuado produzir qualquer efeito perante terceiros que dele não fizeram parte (*res inter alios acta, aliis neque nocet neque potest*).

Entretanto, a partir do século XX, verificou-se claros sinais de fadiga destes fundamentos tendo em vista a complexa diversidade de relações jurídicas em decorrência de relevantes mudanças socioeconômicas que destacaremos mais adiante. Dentre os vários fenômenos que podem ser apontados como justificadores da necessidade de uma nova ordem contratual está a impossibilidade de contratação, quanto ao conteúdo, na sua forma individualizada.

Diante dessa realidade, o contrato passa a perder uma de suas principais características, a que consistia numa relação entre dois indivíduos que entabulavam livremente as condições do seu cumprimento para, ao final, consolidá-las num documento cujo teor resultava daquela convenção livre-

mente pactuada. Esta circunstância, a livre pactuação, auxiliava a sustentar a máxima do *pacta sunt servanda*.

A pluralidade e a complexidade de relações intersubjetivas impõem, mesmo em dias atuais, uma reflexão acerca dos princípios que regem a relação contratual, incluindo também aqueles baseados nas teorias individualistas.

É premente a necessidade de mitigação do princípio da autonomia privada, princípio fundante da teoria contratual, já que a vontade das partes materializada no pacto não mais tem, como regra absoluta, o condão de fazer lei entre elas. O conteúdo escrito, livremente pactuado, continua valendo como principal referência, no entanto, os direitos e obrigações dele emanados carecem de análise a partir de uma nova perspectiva contratual, sempre balizada pela boa-fé e pela função social do contrato.

Com efeito, o contrato é a principal forma de circulação de riquezas no Estado, daí ser necessário analisar, sob a ótica coletiva, a forma como este instrumento faz circular a riqueza no país.

A partir desta constatação passa-se a questionar o indivíduo-centrismo que influenciou o direito privado nos dois últimos séculos tendo no núcleo do direito a referência um sujeito de direito<sup>1</sup>. Neste passo, observa Luiz Edson Fachin (2003, p. 18),

[...] o Direito Civil deve, com efeito, ser concebido como “serviço da vida” a partir de sua raiz antropocêntrica, não para repor em cena o individualismo do século XVIII, nem para retomar a biografia do sujeito jurídico, mas sim para se afastar do tecnicismo e do neutralismo. Não sucumbir, enfim, ao saber virtual.

Nesse mister, cumpre ao hermeneuta, referenciado por uma conexão axiológica entre a legislação de direito privado e os princípios contidos na Constituição da República, buscar soluções atentando para uma nova perspectiva do direito atual. Não se pode descurar das dificuldades surgidas da necessidade de concretização dos preceitos constitucionais, todavia tal dificuldade não deve servir como pretexto a impedir a concretização desses princípios<sup>2</sup>.

1 Sobre esta questão consultar Tepedino (2006). Sobre o aumento do número de sujeito tutelados pela lei e sobre a ampliação do status de sujeito consultar também Bobbio (1992, p. 69 e ss).

2 Além dessas dificuldades, comumente nos deparamos com a doutrina constitucional tradicionalista, ainda arraigada a conceitos de Constituição como mera carta política onde constariam apenas programaticamente os objetivos da República. Essa leitura, *data venia*, se mostra ultrapassada e completamente desvinculada da realidade pós-século XX, sobretudo no atual estágio de desenvolvimento da Teoria Constitucional e

A Constituição aponta como um dos fundamentos da República a dignidade da pessoa humana, ao mesmo tempo em que considera como um dos princípios fundantes da economia, a livre iniciativa.

Lembremos que o conteúdo constitucional há de ser interpretado como um conjunto homogêneo de preceitos, de modo a se buscar o equilíbrio e sintonia entre os fundamentos da República e os demais preceitos constantes da Constituição.

Assim é porque na Constituição todos os preceitos têm igual dignidade, não havendo normas só formais, nem hierarquia de supra-infra-ordenação dentro da lei constitucional (CANOTILHO, 2000, p. 1.109).

O direito privado, regulado pelo Código Civil e por outros estatutos legais, dentre os quais destacamos o Código de Defesa do Consumidor, não pode permanecer alheio ao conteúdo constitucional, por isso acreditamos que princípios de direito privado, tais como o da função social do contrato e o da boa-fé objetiva, haverão de auxiliar o hermeneuta na construção de uma teoria contratual afinada com as práticas contratuais contemporâneas, afeita aos fundamentos de estatura constitucional, sempre salvaguardando a dignidade da pessoa humana como vetor de interpretação<sup>3</sup>.

A dignidade da pessoa humana, como direito fundamental, se traduz na garantia de que os cidadãos possam conviver num modelo de Estado Democrático de Direito orientado ao respeito e à promoção da pessoa humana na sua dimensão individual, ou conjugando esta com a exigência de solidariedade,<sup>4</sup> corolário do componente social e coletivo da vida humana (PEREZ LUÑO, 2004, p. 20).

Daí defendermos uma nova visão do contrato – e das relações jurídicas que estão no seu entorno – como ferramenta de circulação de riquezas, lastreada por um dever de conduta proba, que vê na relação contratual uma forma de cooperação recíproca (parceria) e de solidariedade entre os contratantes e aqueles que dependem direta ou indiretamente dessa relação contratual. Ao mesmo tempo em que, nessa concepção, se resguardam os

nomeadamente a partir da evolução da Teoria dos Direitos Fundamentais. A Constituição constitui, ainda que combatida por inúmeras “Emendas de Ocasão” que tentam desfigurá-la.

3 Tratamos com mais vagar desse tema no nosso *Teoria contratual contemporânea: função social do contrato e boa-fé*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

4 Para uma interessante abordagem relacionando o cânone constitucional da solidariedade à justiça contratual, consultar Nalin (2001, p.201 e ss.).

direitos dos atores contratuais, também há de se registrar os reflexos dessa relação contratual na sociedade em que aqueles estão inseridos.

Entre nós, Clóvis do Couto e Silva, na década de 1960, já defendia a visão da relação obrigacional como um processo. Para o civilista gaúcho, a relação obrigacional deveria ser vista com uma estrutura de processos (seu ser dinâmico), com suas várias fases surgidas no desenvolvimento da relação obrigacional (COUTO E SILVA, 1976, p. 10). Sob essa ótica tanto os atos praticados pelo devedor, quanto aqueles praticados pelo credor, trazem repercussão ao mundo jurídico.

Os atos praticados pelos atores contratuais tendem a uma finalidade. Então, a conduta dos atores contratuais implica deveres, chamados colaterais ou anexos, balizados pela boa-fé.

A relação obrigacional revelada pelo contrato busca a satisfação e a salvaguarda dos interesses dos contratantes até mesmo antes de estabelecida a relação, daí se falar em deveres antes, durante e após o exaurimento do pactuado.

Resistir a esse ponto de vista equivaleria impor ao contratante mais fraco a injustiça advinda do conteúdo pactuado, consentindo com aquilo que Mosset Iturraspe denomina reino do egoísmo, ao se colocar em risco o bem comum e a paz social (MOSSET ITURRASPE, 1977, p. 79).

Nessa senda, o contrato não pode mais ser visto como algo que diga respeito somente aos contratantes, porque permitir que um deles imponha cláusulas iníquas ao outro seria fazer tábula rasa da forma de estado de direito<sup>5</sup> previsto na Constituição da República, o qual prima pela dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III)<sup>6</sup>, tendo como fundamento a construção de uma sociedade justa e solidária (art. 3.º, III).

É a partir dessas constatações que passamos a tecer alguns comentários sobre questões que reputamos sintomáticas, a justificar a afirmação que existe uma *teoria contratual contemporânea* ou uma nova ordem contratual, nada obstante a referida teoria conter elementos fundantes da teoria contra-

5 Assim também Calvao da Silva (1995, p. 50)

6 Para Perlingieri (1999, p. 37) os princípios da solidariedade e da igualdade funcionam como instrumentos e resultados voltados para a "atuação da dignidade social do cidadão. Uma das interpretações mais avançadas é aquela que define a noção de igual dignidade social como o instrumento que confere a cada um o direito ao respeito inerente à qualidade de homem, assim como a pretensão de ser colocado em condições idôneas a exercer as próprias aptidões pessoais". Para uma noção interessante acerca da solidariedade contratual, consultar: Giovani Maria Uda (1990, p. 327-334).

tual clássica que ainda devem ser levados em consideração por ocasião da análise dos casos concretos.

## **2 AS TRANSFORMAÇÕES SOCIOECONÔMICAS OCORRIDAS NO SÉCULO XX: FORDISMO E PÓS-FORDISMO**

Não se pretende neste ponto do ensaio tratar detalhadamente de todas as questões socioeconômicas relevantes ocorridas no século XX. Tentaremos, a traços rápidos, destacar os pontos cujos reflexos revelam consequências nas estruturas contratuais, especialmente no que diz respeito à formação, ou melhor, à nova conformação dos contratos.

As estruturas contratuais forjadas nos séculos XVIII e XIX, voltadas basicamente às atividades comerciais e industriais, foram durante o século XX sendo alteradas acompanhando as tendências sociais e econômicas da sociedade de massa que já se desenhava àquela época.

Nesse estágio, a grande maioria da população se encontrava envolvida, seguindo modelos de comportamento generalizados, na produção em escala industrial, na distribuição e no consumo de bens e serviços (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1997, p. 1.211 e 1.212)<sup>7</sup>.

É bem verdade que no caso da atividade de prestação de serviços, o seu volume ganha relevo mais ao final do século passado, como se verá um pouco mais adiante.

O sistema econômico capitalista, malgrado a evolução da indústria retratada na primeira metade do século XX, consubstanciada na produção seriada em massa (fordismo) dirigida à população ansiosa por consumo<sup>8</sup>,

7 Estes autores acrescentam, ainda, que a sociedade de massa surge num estágio avançado do processo de modernização: quer quanto ao desenvolvimento econômico, com a concentração da indústria na produção de bens de massa e o emergir de um setor terciário cada vez mais imponente; quer quanto à urbanização, com a concentração de maior parte da população e das instituições e atividades sociais mais importantes na cidade e nas megalópoles; quer quanto à burocratização, com o predomínio da racionalidade formal sobre a substancial e com a progressiva redução das margens de iniciativa individual. Nesse tipo de sociedade, defendem os mesmos autores, tendem a perder peso sucessivamente os vínculos naturais, como os da família e da comunidade local, prejudicados pelas organizações formais e pelas relações intermediadas pelos meios de comunicação de massa.

8 Essa sociedade, denominada sociedade de consumo, ultrapassa a trivial concepção de sociedade composta por indivíduos que consomem bens. Não é o simples fato de consumir que permite a caracterização de sociedade de consumo. Como bem observa Zygmunt Bauman, desde os tempos imemoriais o ser humano consome. O que devemos ter em mente, prossegue o sociólogo polonês, é que a sociedade moderna, nas suas estruturas de fundação (*foundation-laying*), na sua fase industrial, era uma "sociedade de produtores", que engajava seus membros primordialmente como produtores e soldados (*producers*

começou a demonstrar sinais de fadiga em meados do mesmo século. Conforme Ghersi (p. 78 - 79) o modelo de acumulação fordista, ao final da década de 1960, desatou a mais grave crise no sistema capitalista, para alguns a mais grave e duradoura deste sistema.

A organização dos trabalhadores, que por seus sindicatos pleiteavam ganhos salariais reais, o déficit fiscal do Estado e o processo inflacionário formaram o principal conjunto de motivos da crise e deram ensejo ao que muitos denominam de modelo pós-fordista.

No modelo pós-fordista, verifica-se a busca por uma nova estrutura de produção, de forma que, em razão da sua maior flexibilidade, se possa atender de forma mais eficaz o crescente e efêmero mercado de consumo, sempre objetivando otimizar a relação entre oferta e demanda. Já vai longe o tempo em que a indústria produzia, acumulando estoques<sup>9</sup>, sem levar em consideração a demanda atual. A despeito disto, apresentam-se os problemas advindos do novo modelo com sua lógica de reorganização dos processos de trabalho de forma fragmentada e diversificada em pequenos grupos de alta qualificação<sup>10</sup>, na sua maioria com trabalhadores atuando de

*and soldiers*), moldados, segundo uma “norma” posta à frente de seus olhos, que os impunha a desempenhar um destes dois papéis. Porém, no estágio moderno, supramoderno ou pós-moderno, a sociedade moderna apresenta pouca necessidade de mão-de-obra industrial em escala de massa e de exércitos recrutados (*conscript armies*), necessitando, portanto, de engajamento de seus membros na condição de consumidores. A “norma”, nesse novo contexto, é a da capacidade e da vontade de desempenhar a função de consumidor (BAUMAN, 1998, p. 78-79)

9 Veja-se o método de produção *just in time* que busca evitar, por meio de administração de estoques reduzidos (ajustados com a demanda presente), desperdícios e geração de despesas que refletiriam no preço final do produto. Dessa forma, a indústria se permite ter seu produto pronto e acabado no exato momento da sua venda. Associada, ainda a esse método, a técnica do *just in case* que busca, por meio da manutenção de um baixo estoque, evitar contingências logísticas como problemas de transportes, greves de trabalhadores, etc.

10 Barroso (2001, p. 91-114) acrescenta que “A obsessão da eficiência tem elevado a exigência de escolaridade, especialização e produtividade, acirrando a competição no mercado de trabalho e ampliando a exclusão social dos que não são competitivos porque não podem ser. O Estado já não cuida de miudezas como pessoas, seus projetos e sonhos, e abandonou o discurso igualitário ou emancipatório. O desemprego, o sub-emprego e a informalidade tornam as ruas lugares tristes e inseguros”. De fato, vivemos um tempo em que, invertidos os valores, o ser humano vem sendo reduzido a um conceito de eficiência, como bem frisa Oppetit (1998, p. 170-181) ao tratar de Direito e Economia. Hobsbawn (2000, p. 140-141) acrescenta que “A insegurança é uma nova estratégia para aumentar lucros, reduzindo a dependência da empresa em relação à mão-de-obra humana ou pagando menos aos empregados. Na economia capitalista moderna, o único fator cuja produtividade não pode ser facilmente ampliada e cujos custos não podem ser facilmente reduzidos é o relativo aos seres humanos. Daí a enorme pressão para eliminá-los da produção, o que também ocorreria se não houvesse competição internacional. Trata-se, antes, de uma forma de justificar este processo. [...] E há também outros aspectos dessa tendência. Na verdade pressupõe-se que os seres humanos não estão mais dispostos a esperar pela recompensa de seus esforços ou empreendimentos comerciais, e que exigem gratificação imediata. [...] Hoje, a única lógica de investimento válida é a participação em empreendimentos que dão resultados imediatos. [...] Existem atividades que, a meu ver, não podem de nenhuma forma ser organizadas dessa maneira, com

forma descontínua e periférica (GHERSI, [20-?], p. 83). É um quadro em que se delineia um mercado de trabalho em três níveis básicos:

a) com a formação de pequenos grupos de trabalhadores polivalentes e estáveis com ampla flexibilidade funcional<sup>11</sup>, que desfrutaram de direitos trabalhistas, benefícios sociais;

b) mão-de-obra periférica de baixa qualificação, contratável e demissível conforme as conveniências do empregador; c) e os trabalhadores eventuais (ou temporários), cujas obrigações jurídicas do empregador são poucas (FARIA, 2000, p. 230 - 231).

Com efeito, na lógica pós-fordista abre-se espaço, com a perda do poder de barganha dos sindicatos para negociação de salários e direitos trabalhistas, para uma bem sucedida tentativa de flexibilização de direitos<sup>12</sup> sociais conquistados em todo o século XX<sup>13</sup>, impondo a alguns países, en-

base na regra de remuneração máxima e imediata, isto é, nas regras do mercado competitivo. A ciência é um caso. Uma das coisas que mais me angustiam a respeito do futuro é saber se a ciência, que resistiu à ruptura do sistema de valores tradicionais, também será ela própria transformada pela nova realidade. [...] O perigo, por exemplo na revolução biológica e genética, é que até mesmo os cientistas compreendam quanto dinheiro poderiam ganhar se aderissem a essa lógica". Na mesma linha de raciocínio, nos parece, Rosenau (1991, p. 10). Infelizmente o receio externado por Eric Hobsbawm e Pauline Marie Rosenau em algumas partes do mundo já se concretizou. Veja-se o exemplo do pesquisador sul-coreano Hwang Woo-Suk, da Universidade Nacional de Seul, que manipulou resultados de experiências de clonagem de células-tronco embrionárias humanas, publicados pelas famosas revistas Science e Nature em 2004. Especialistas no assunto declararam à imprensa que isto se deu, também, em função de fortes pressões para que algo mais avançado e útil para aplicações em escalas industriais fosse trazido a conhecimento público (O GLOBO ONLINE, 2005).

11 Aldacy Rachid Coutinho (2003, p. 173), escorada em opinião de Richard Sennet, detecta a angústia e o enfraquecimento da confiança do trabalhador pela crescente insegurança decorrente do enfrentamento de mudanças rápidas em um mercado competitivo e flexível, exigências de mobilidade funcional e espacial constante e adaptabilidade em novas e imprevisíveis condições de trabalho nas dinâmicas das empresas.

12 Veja-se, a respeito da tão propalada flexibilização dos direitos trabalhistas, a observação de Aldacy Rachid Coutinho (2003, p. 166): "O projeto neoliberal se apresenta como o novo, o pós-moderno, o inevitável. Em verdade, enseja novas vulnerabilidades sociais na medida em que propaga a capitulação do trabalho como categoria central de construção das relações pessoais na sociedade – esquecendo-se que tal categoria se constitui no 'elemento estabilizador da sociedade capitalista' – sem propor um novo instrumento de coesão e pacificação social. [...] Agregue-se o fato de que no campo jurídico, em decorrência das políticas neoliberais, presente se faz uma retração do Estado em setores vários, que se minimiza especialmente na intervenção econômica, acompanhada de um crescente alargamento da atuação normativa particular no campo laboral, o qual desde sempre reconheceu o pluralismo, porém vivido sob a ótica da indisponibilidade relativa das normas jurídicas heterônomas. Anotem-se, a título de exemplo, as discussões em torno da proposição governamental de alteração legislativa para impor a primazia do negociado sobre o legislado".

13 Esta questão tem ocupado importantes espaços de debate, sobretudo em função da tendência globalizante dos países em desenvolvimento. José Manuel Pureza (2001, p. 246-247): diante das complexas dificuldades por que passam os movimentos sociais, entre eles os trabalhistas, aponta como saída para a edificação dos movimentos sociais contemporâneos a internacionalização dos movimentos sindicais solidários. Referido autor aponta, ainda, dois sinais que ajudam a detectar esta tendência: I) a centragem das lutas sindicais que enfrentam o aumento da precarização decorrente da flexexploração (Bordieu); II) a conversão do movimento sindical à proteção de trabalhadores imigrantes e ao combate conjugado entre



tre eles o Brasil, a equiparação a países que não priorizam direitos sociais, como a China, reduzindo direitos sociais do trabalhador brasileiro (OLIVEIRA JUNIOR, 2000, p. 103).

Direcionando a discussão para a questão dos contratos, força é reconhecer que, no Estado com economia de concepção baseada no modelo fordista, o contrato que lastreava as negociações era, basicamente, o de compra e venda (consumo de bens).

Na mudança para o Estado com economia de concepção baseada no modelo pós-fordista, constatamos o que Carlos Alberto Gherzi ([20-?], p. 84) denomina revolução dos serviços, em que prevalecem os contratos de trato sucessivo<sup>14</sup>, mais regulativos em função da intervenção estatal, com rígidas disposições de benefícios contratuais e um perfil mais objetivo (contratos de adesão) do que subjetivo.

Em resumo, o novo modelo contratual, na realidade pós-fordista, terá como marco um conjunto de instituições com normas explícitas e implícitas, que deverão assegurar a compatibilidade de comportamento no mercado do novo regime de acumulação em que os agentes econômicos, que substituem a indústria produtora de bens e aos consumidores por empresas de serviços e beneficiários, não devem produzir situações conflituosas, para o qual o modelo prevalente deve proporcionar segurança jurídica, por meio de uma imutabilidade e interpretação restritiva (GHERSI, [20-?], p. 84).

## 2.1 A pós-modernidade

A questão envolvendo o conceito de pós-modernidade<sup>15</sup>, ou do paradigma da pós-modernidade, tem ocupado relevante espaço dentro de todos os ramos da ciência<sup>16</sup>.

imigrantes e nacionais contra as lógicas econômicas que determinam a emigração. Para estes dois pontos a resposta estaria no aprofundamento de práticas de negociações sindicais internacionais, com regras transnacionais de coordenação salarial e de condições de emprego; no reforço dos comitês de empresa ou das comissões de trabalhadores nas empresas multinacionais; na exigência de regulação de políticas de contratação de imigrantes. Tais medidas se traduziriam numa viragem cosmopolita do movimento sindical.

14 Em alguns casos esses contratos merecem tratamento diverso daquele que uma mera interpretação literal dos dispositivos legais aplicáveis à espécie. Como se verá mais adiante, estamos nos referindo aos contratos relacionais.

15 Registramos, porém, a existência de severas críticas acerca da real verificação de tempos pós-modernos e até mesmo dos tempos modernos. Veja-se, nessa direção, o trabalho de Dussel (2002).

16 Reputamos fundamental ressaltar a necessidade de estudos multidisciplinares sobre a questão da pós-modernidade, não obstante neste ensaio tratarmos de forma voltada para o direito contratual. Já afirmamos

Sem a pretensão de buscar um conceito apropriado, até porque o trabalho seria em vão<sup>17</sup>, procuraremos uma abordagem que, de forma objetiva, e respeitados os limites do presente trabalho, analise os fenômenos decorrentes da crise dos chamados tempos pós-modernos para, após isso, tentarmos um enquadramento das consequências destes nas relações contratuais.

A pós-modernidade, como bem salientado por Claudia Lima Marques, revela o fenômeno das relações virtuais, desmaterializadas, cada vez mais fluídas e instáveis; a sociedade de informação; a globalização niveladora de culturas; a riqueza especulativa pós-fordista; o renascimento de identidades (MARQUES, 2004, p. 158-159).

A essas características podemos acrescentar, ainda, o desprestígio do Estado; a valorização da imagem acima do conteúdo, em que o efêmero parece derrotar o essencial (BARROSO, 2001, p. 114) fazendo prevalecer a aparência sobre a técnica, a prática e a eficiência (ROSENAU, 1991, p. 7).

Essa realidade coloca em xeque todas as certezas que as ciências forjaram até meados do século XX. A sensação de impotência, especialmente diante da dinamicidade da sociedade denominada pós-moderna<sup>18</sup>, deixa os

que o contrato, como principal instrumento de circulação de riquezas, está inserido na engrenagem social e, portanto, exposto, juntamente com toda a sua teoria, às mudanças no tecido social. Por isso, ele não pode ser visto tão-somente, e isoladamente, como um instituto jurídico neutro. Necessário é encará-lo como um instrumento de consecução de fins, conforme as diretrizes de um determinado modelo de Estado, cujo vetor de referência encontra-se na Constituição da República, não obstante todas as dificuldades atuais. A Constituição guarda princípios e objetivos que desbordam da questão meramente jurídica. A Constituição há de ser vista voltada para a consecução dos seus objetivos, daí a necessidade de uma visão do Direito para além da questão meramente jurídica. Ao tratar da atual necessidade de visão e pesquisa multidisciplinar e transdisciplinar, Morin (2004, p. 14 - 15) bem frisa os novos desafios para o conhecimento, que passam pela necessária visão global na busca pela compreensão das complexidades, já que os componentes da realidade se constituem de um todo inseparável (econômico, político, sociológico, psicológico, afetivo e mitológico). Para este autor as especializações do saber, muito embora tenham trazido vantagens pela divisão do trabalho, trouxeram consigo os inconvenientes da superespecialização, do confinamento e do espedaçamento do saber. Como resultado disso temos: conhecimento e elucidação por um lado; por outro, se produziu a ignorância e a cegueira. Por certo os cientistas sociais, segundo sua área de concentração de pesquisa, vocacionam seus estudos às suas especialidades. Também os juristas tendem, como observa Arnaud (1991, p. 232), "a 'empurrar' a realidade para dentro das classificações que são próprias à sua ciência. Eles reconstroem no cotidiano uma realidade jurídica com base na realidade social. Na verdade, ao agir desta maneira os juristas acentuam o abismo entre regulação social e regulação jurídica. Assim, afasta-se toda esperança de solução dessa questão, mesmo se a utilização dos conceitos de 'categorias jurídicas' não condena necessariamente o investigador do direito a uma perspectiva reducionista".

17 Veja-se toda a pesquisa desenvolvida pelos teóricos das Ciências Sociais (Boaventura de Souza Santos, Jacques Derridá, Jean Lyotard, André-Jean Arnaud, Alain Touraine, Zygmunt Bauman, Pauline Rosenau, Edgar Morin e Jean Baudrillard, entre outros) na busca de um conceito adequado e aferição do seus efeitos. Sobre uma espécie de classificação entre as teorias desenvolvidas por cientistas sociais pode-se observar na obra de Santos (2005a, p. 284 - 288) a separação destes em quatro grupos. Para uma classificação apenas em dois grandes grupos consultar Rosenau (1991, p. 46 e 55).

18 Sobre o tema consultar: Bauman (1998, p. 6 - 26) e Guilhaume (1996, p. 103 - 129).

cientistas, em especial aqueles envolvidos com as ciências sociais, angustiados, ao mesmo tempo em que fomenta a produção teórica na identificação do problema e na busca de alternativas que mitiguem os efeitos deste.

Com a globalização, os desafios recrudescem. Longe de ser um fenômeno linear, monolítico e inequívoco (SANTOS, 2005b, p. 49), a globalização não é, tampouco, automática e espontânea, advinda do resultado das tecnologias de informação (falácia do determinismo).

É resultado do processo globalizante hegemônico resultante de decisões políticas e econômicas vindas das poderosas economias mundiais<sup>19</sup>, cujas respostas em cada país são diversas, segundo a pressão exercida pelo *Consenso de Washington*, como destaca Boaventura de Souza Santos (SANTOS, 2005b, p. 50).

O mesmo autor observa, ainda, a falsa idéia de que a globalização teria o condão de fazer desaparecer as diferenças entre os países desenvolvidos e subdesenvolvidos (falácia do desaparecimento do Sul)<sup>20</sup>.

Nessa visão, triunfalista, a globalização produziria um impacto uniforme em todas as regiões do mundo e em todas as atividades e que seus arquitetos, as empresas multinacionais, são infinitamente inovadoras e têm capacidade organizativa suficiente para transformar a nova economia global numa oportunidade sem precedentes (SANTOS, 2005b, p. 51).

Ambas as falácias sucumbem diante do quadro de contestação social e política diante da globalização, que é vista como o grande triunfo da racionalidade, da inovação e da liberdade potencializadora do progresso infinito e da abundância, apesar de atingir um número cada vez menor de privilegiados (SANTOS, 2005b, p. 53).

19 Não nos referimos somente a países. As empresas multinacionais cada vez mais vêm exercendo forte influência nas economias nacionais, seja por pressões internas (questões relativas a investimentos maciços em setores estratégicos, desregulamentação do mercado, concorrência desleal, direitos autorais, etc.), seja pela forma como estas realizam negócios privados internacionais. Teubner (2002, p. 206) observa, ao tratar da *lex mercatoria*, que cada vez mais ela se transforma numa lei global, sem a presença do Estado. Vários setores, não só da economia, vêm desenvolvendo uma lei global própria.

20 O autor utiliza, segundo critérios econômicos, a terminologia dos países do Norte/Sul para a dicotomia dos países ricos do Norte e dos países pobres do Sul. Essa divisão, quer nos parecer, recrudesciu a partir da queda do comunismo.

## 2.2 A pós-modernidade e os contratos

Inerentes à sociedade de massa, os problemas advindos, de inúmeros matizes<sup>21</sup>, transformaram-se no atual desafio das ciências.

A lógica racional, com seus critérios de validade absoluta e universal, é posta sob dúvidas.

As dúvidas percorrem o fio condutor do relativismo. Não há mais o paradigma das certezas (modernidade)<sup>22</sup>, há um novo paradigma: o da pós-modernidade.

No mundo jurídico, destaca Antonio Junqueira de Azevedo, o paradigma da pós-modernidade, especialmente em função da sua hipercomplexidade, revela a multiplicidade de fontes do direito, na defesa de inúmeros grupos sociais (característica material), e a vasta quantidade de leis, decretos, códigos deontológicos, etc. (característica formal) (AZEVEDO, 2004, p. 55-56).

E assim, o desafio está posto à ciência jurídica. É hora de se repensar e reconstruir (MARQUES, 2002, p. 167) os fundamentos do Direito a partir desta constatação, reconhecendo que a ciência jurídica, tal como está articulada, a partir do Estado moderno, não tem condições de dar conta da tutela de novos direitos (OLIVEIRA JUNIOR, 2000, p. 102-103)<sup>23</sup>.

21 Veja-se o alerta deflagrado por Tourraine (1996, p. 182 - 186) ao tratar da questão sociedade de massa e suas implicações na cultura democrática: "A democracia está ameaçada mais diretamente pelos regimes autoritários e totalitários; no entanto, devemos reconhecer a existência de uma outra ameaça. Esta não vem de um poder onipotente que submeterá a sociedade à sua mercê, mas da própria sociedade que, na ordem política, vê apenas uma burocracia arbitrária ou corrupção e deseja reduzi-la à função de guarda noturno ou de um Estado mínimo, para não entravar a atividade dos mercados e difusão dos bens de consumo e de todas as formas de comunicação de massa. Esse liberalismo tacanho pode ser considerado democrático porque respeita as liberdades e responde às demandas da maioria. [...] Por toda a parte, sob as mais diversas formas, cresce a idéia de que a defesa da liberdade consiste em reduzir a intervenção do Estado. [...] O que é condenável na idéia de sociedade de massa não é a massificação das demandas que têm mais aspectos positivos do que negativos, mas a prioridade que tende a reconhecer aos objetos em detrimento das relações sociais. [...] É como se uma sociedade, quando se concebe a si mesma como uma sociedade de consumo, consagrasse a maior e mais constante atenção a suas atividades menos importantes, incluindo a área econômica".

22 Especialmente para a ciência jurídica. Arnaud (1991, p. 246 - 247) salienta, ao tratar do Direito "moderno", a "crença universal das soluções jurídicas, e nas benfeitorias da lei toda-poderosa. [...] Desde então, fala-se de um Direito singular. [...] Aprendemos muito rápido que os sonhos da época moderna não eram senão ilusões".

23 Mais adiante o autor acrescenta: "Assim, quando dizemos que a ciência jurídica no âmbito dos Estados-nações e de suas soberanias, e isto precisa hoje ser relativizado; por outro, porque em nome da democracia e do relativismo valorativo, fundou-se num isolamento disciplinar que hoje não se sustenta, pois os conflitos de que o direito tem que dar conta requerem um (sic) visão inter ou transdisciplinar (p. 104). [...] o novo paradigma científico que dever (sic) ser erguido diante dos escombros do positivismo deve considerar um

Se a pós-modernidade, acompanhada pela globalização, importa uma nova realidade, com lastro na *neoliberalização* da economia, sustentada pela diminuição da atuação do Estado<sup>24</sup>, com imensa multiplicidade de relações jurídicas, cumpre aos cientistas do Direito forjarem técnicas de interpretação<sup>25</sup> do plexo legislativo vigente que regula essas relações.

Já afirmamos anteriormente que o ponto de partida para essa construção está na Constituição da República, notadamente a partir dos direitos fundamentais lá consagrados.

Com efeito, a interpretação do direito do novo milênio passa fundamentalmente pelo conteúdo constitucional (MARQUES, 2002, p. 165).

Nesse passo, a interpretação do contrato, peça fundamental para a circulação de riquezas da nação, há de ser filtrada<sup>26</sup> por princípios de estrutura constitucional que funcionarão como vetores hermenêuticos a guiar a interpretação dos dispositivos legais aplicáveis ao instituto.

primado que já existia ao tempo do jusnaturalismo e que afirma que a existência deve ser pensada num plano de 'coexistência'. O direito só existe no plano das relações humanas, devendo então ser pensado não como um instrumento que opõe um homem ao outro, mas como um instrumento que harmoniza a convivência de ambos. E é esta a revolução na mentalidade que ainda está por ser feita, para a ciência jurídica possa dar conta dos novos direitos (p. 107).

- 24 Nesse ponto vale a observação de Santos (2005, p. 41): "O consenso do Estado fraco é, sem dúvida, o mais central e dele há ampla prova no que ficou descrito acima. Na sua base está a idéia de que o Estado é o oposto da sociedade civil e potencialmente o seu inimigo. A economia neoliberal necessita de uma sociedade civil forte e para que ela exista é necessário que o Estado seja fraco. O Estado é inerentemente opressivo e limitativo da sociedade civil, pelo que só reduzindo o seu tamanho é possível reduzir o seu dano e fortalecer a sociedade civil. Daí que o Estado fraco seja também tendencialmente o Estado mínimo. Esta idéia fora inicialmente defendida pela teoria política liberal, mas foi gradualmente abandonada à medida que o capitalismo nacional, enquanto relação social e política, foi exigindo maior intervenção estatal. Deste modo, a idéia do Estado como oposto da sociedade civil foi substituída pela idéia do Estado como espelho da sociedade civil. A partir de então um Estado forte passou a ser a condição de uma sociedade civil forte. O consenso do Estado fraco visa repor a idéia liberal original". Hobsbawm (2000, p. 43) reforça este raciocínio ao observar que a estratégia de enfraquecimento do Estado foi reforçada "pela ideologia dos governos neoliberais, explicitamente dirigida contra o Estado, a fim de enfraquecê-lo, de inverter deliberadamente a tendência histórica ao fortalecimento de seu papel, tanto na área econômica como, de modo geral, em todas as suas funções". Bauman (1998, p. 66) acrescenta, ao tratar do afastamento do controle político na área econômica pregado pelas ideologias globalizantes, que "Seja o que for que tenha restado da política, espera-se que deva ser tratado pelo Estado, como nos bons velhos tempos – mas o Estado não deve tocar em nada relacionado à vida econômica: qualquer tentativa nesta direção seria rápida e furiosamente punida pelos dos (sic) mercados mundiais".

- 25 A questão hermenêutica nos parece de maior relevância, já que uma vez bem construída, a sua teoria permitirá ao operador do direito a interpretação harmônica dos dispositivos legais contidos em vários estatutos jurídicos. Como destaca Tepedino (2006, p. 9-11), "os confines interpretativos devem ser estabelecidos a partir não da topografia das definições legislativas, mas da diversidade axiológica dos bens jurídicos que pretende tutelar". Sobre esse tema consultar especialmente Marques (2005, p. 11-82).

- 26 A expressão filtragem constitucional é utilizada por Schier (1999).

Não é demais frisar que o conteúdo do Código de Defesa do Consumidor nasceu inspirado por diretrizes constitucionais, a teor do art. 5º, XXXII (promoção da defesa dos consumidores), art. 170 (conforme os ditames da justiça social) e art. 48 do ADCT<sup>27</sup>.

De fato o CDC inaugurou uma nova era do direito privado brasileiro, notadamente no que toca aos contratos. Ainda que se tratasse de lei aplicável às relações de consumo, os seus arts. 17 e 29 faziam extrapolar o seu campo de incidência, na proteção de pessoas que não gozam da condição de consumidor, com a prevalência das relações existenciais sobre as patrimoniais (TEPEDINO, 2005, p. 9-11), não obstante opiniões contrárias ao entendimento ampliativo desses dispositivos. Além desse relevante aspecto, há de ressaltar também que, ainda que de forma tardia, o CDC acabou resgatando a boa-fé objetiva, introduzindo-a efetivamente no ordenamento jurídico nacional.

Contemplada no CDC em dois artigos<sup>28</sup>, com funções distintas, ora como princípio, ora como cláusula geral, a boa-fé objetiva tem a mesma essência: uma relação jurídica honesta, proba, transparente e de cooperação.

A seu tempo, o atual Código Civil, não obstante as inúmeras críticas, cujo conteúdo não há espaço para tratarmos aqui, também oxigenou o direito contratual ao consolidar expressamente a função social do contrato, a boa-fé objetiva e o necessário equilíbrio econômico do contrato, fundamentos que demonstram o caminho a ser trilhado na construção de uma nova hermenêutica em matéria contratual, capaz de responder às novas necessidades.

Resta claro, então, que aos três principais fundamentos da teoria contratual clássica (autonomia privada, *pacta sunt servanda* e relatividade dos contratos), aplicáveis a qualquer contrato, ombreiam-se a boa-fé objetiva, a função social do contrato e o equilíbrio da relação contratual. Esses três últimos não excluem

27 Veja-se o estudo de Miragem (2002, p. 111 - 132).

28 "Art. 4º. A Política Nacional de Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria de sua qualidade de vida, bem como a transferência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

[...]

"III – harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170 da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

"Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

[...]

"IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade".

os três anteriores; em época de hipercomplexidade, os fundamentos não se excluem, se acrescentam (AZEVEDO, 2004, p. 137-147).

Como sucintamente exposto, se há necessidade de uma nova visão do direito, resultado da torrente de alterações da sociedade contemporânea, vista sob o prisma do direito contratual, a legislação vigente demonstra caminhos a dar cabo das principais indagações e reflexões a serem feitas. Não estamos, com este ponto de vista, defendendo a suficiência do plexo normativo vigente para solução de todos os problemas da atual realidade, até porque boa parte destes já dizem respeito a relações jurídicas produzidas a distância (Internet) ou, de forma desmaterializada e desterritorializada<sup>29</sup>, cuja previsão legal específica ainda inexistente. No entanto, não se pode deixar de reconhecer enormes avanços, que animam os estudos sobre teorias e modelos contratuais contemporâneos.

### **3 DA PROLIFERAÇÃO DAS MODALIDADES CONTRATUAIS À ESTANDARDIZAÇÃO**

As inúmeras fórmulas contratuais resultantes da multiplicação das relações interpessoais e complexas superaram o velho conceito individualista e assumem relevância coletiva à medida que os métodos de produção, advindos da flexibilização dos meios produtivos e do processo de modernização dos parques industriais, aumentaram significativamente o número de bens à disposição dos cidadãos além do surgimento de novas formas de prestação de serviços.

Proliferam assim, nesta realidade, novas modalidades de vínculos contratuais que, devido à forma com que são constituídos, carecem de regulação para evitar os abusos a que estão expostos os contratantes mais fracos, como se abordará a seguir.

#### **3.1 Novos fenômenos contratuais: contratos de adesão, distrato por adesão, condições gerais de contratação, contratos relacionais e as redes contratuais**

Nessa quadra do ensaio tentar-se-á, de forma breve e objetiva, identificar alguns fenômenos contratuais detectados no decorrer do século XX. Ainda

29 Sobre esse tema consultar Marques (2004).

que um deles, o contrato de adesão, já tenha sido identificado por Raymond Saleilles em 1901, citado por Ripert (1937, p. 188), reputamos necessária uma abordagem, mesmo que sucinta, acerca de seus fundamentos, já que se tornaram a regra geral quando se fala em contratação na sociedade de massa.

### 3.1.1 Contratos de adesão

Nessa forma de contratação uma das partes se obriga a aceitar as cláusulas estabelecidas pela outra, em bloco, aderindo a uma situação contratual que se encontra definida em todos os seus termos (GOMES, 2000, p. 109).

O negócio jurídico é celebrado na base do “pegar-ou-largar”. Como observa Georges Ripert (1927, p. 102),

[...] adesão não é consentimento. Consentir num contrato é debater as suas cláusulas com a outra parte depois duma luta mais ou menos dura, cuja convenção traduzirá as alternativas.

Aderir é submeter-se ao contrato estabelecido e submeter a sua vontade protestando no íntimo contra a dura lei que lhe é imposta.

A ressalva é pertinente, porquanto nesse tipo de contrato, em que inexistente possibilidade de negociação substancial de conteúdo, nota-se a flagrante condição de desigualdade entre o proponente e a massa anônima e dispersa do público, forçada a aceitar a imposição do conteúdo, sem, contudo, na maioria das vezes, ter a percepção clara quanto ao seu significado<sup>30</sup> jurídico e econômico (TELLES, 1997, p. 91-92).

Demais disso, é perceptível que a contratação nessas condições, se não anula, reduz brutalmente a liberdade de contratar, o que agrava a situação de contratação naqueles casos cujo objeto contratual diz respeito a produtos e serviços essenciais, nos quais o horizonte de escolha do aderente pelo parceiro contratual encontra-se substancialmente reduzido (STIGLITZ, 1995, p. 5-7).

É indiscutível que a forma contratual standardizada oferece, em função da rapidez com que podem ser celebrados os contratos, a vantagem de

30 Nos referimos aqui às cláusulas que expressamente fazem parte do contrato apresentado ao aderente e não às chamadas *cláusulas desconhecidas*, de conteúdo expresso em outros instrumentos contratuais, a que são remetidas pelas chamadas cláusulas de reenvio (STIGLITZ, 2005, p. 261).



uma forte economia de meios à medida em que se dispensa a preparação, a discussão de cláusulas contratuais e a redação de contratos um a um.

Ademais, é de se convir que, nessa forma de contratação, acaba-se provocando a racionalização da transferência de bens de consumo na sociedade, indistintamente, ou seja, sem diferenciação entre os consumidores, e permite-se aos empresários a homogeneização de suas estratégias de condução de seus negócios, em função da necessidade de adaptação à nova realidade da sociedade de consumo<sup>31</sup>.

Se por um lado a estandardização do contrato trouxe as vantagens acima apontadas, por outro é inescandível que esta prática possibilita e, a bem da verdade, potencializa os abusos por parte daquele que confecciona o contrato posto à disposição do aderente.

Por isso, são necessárias, tendo em vista as mudanças sociais, algumas formas de controle do conteúdo contratual. Com efeito, não se pode negar a situação de inferioridade do aderente. Todavia, a norma jurídica, diante dessa disparidade, busca equilibrar essa relação contratual tutelando a dignidade do contratante. O CDC, em seu art. 54, dispõe acerca dos contratos de adesão, impondo deveres de conduta àquele que impõe o contrato, tais como: redação em termos claros com caracteres ostensivos e legíveis, bem como redação destacada das cláusulas limitadoras de direitos do aderente.

No mesmo estatuto, no Capítulo VI, que trata da proteção contratual (art. 47), também está imposta a conduta de interpretação contratual, ao dispor que as cláusulas contratuais serão sempre interpretadas de forma mais favorável ao consumidor.

Esse dever de interpretação resulta da nova realidade contratual de massa, norteado pelo princípio da boa-fé objetiva e pela função social do contrato (que nas relações de consumo pode ser inferida em função da Constituição da República), reconhecendo-a como uma tendência irreversível e, ao mesmo tempo, procurando resguardar direitos do consumidor, em regra, parte mais frágil na relação contratual.

No anterior Código Civil (1916), não havia qualquer remissão a essa modalidade contratual. O atual Código Civil (2002), reforçando o já disposto no CDC, estabelece que, sempre que houver cláusulas contratuais ambíguas ou contraditórias, a interpretação se dará mais favoravelmente ao aderente,

31 Alvim (1996, p. 26), Marques (2002, p. 58), Roppo (1998, p. 313 - 314), Telles (1997, p. 91) e Lôbo (1991, p. 18).

nos termos do art. 423. Serão nulas, ainda, as cláusulas que importem em renúncia antecipada a direito do aderente, a direito resultante da natureza do negócio jurídico, nos termos do art. 424 do novo estatuto.

Vale observar que a abrangência do atual Código Civil é mais ampla porque seu conteúdo se aplica a todas as relações jurídicas e não só a relações jurídicas de consumo, como basicamente ocorre com o CDC.

Acrescente-se, também, que o CDC exerceu fortíssima influência na interpretação dos contratos civis na vigência do Código Civil de 1916, a teor do disposto no art. 29 daquele código, tendo em vista que no vetusto Código Civil de 1916 os dispositivos aplicáveis não contemplavam a boa-fé objetiva<sup>32</sup>.

Como se vê, existe uma regra geral de interpretação de cláusulas contratuais em contratos de adesão tanto no CDC quanto no atual Código Civil, segundo a qual, sempre que o conteúdo destas não for suficientemente de clara interpretação, esta se dará da forma mais favorável ao aderente. Associadas a elas, temos a boa-fé objetiva e a função social do contrato<sup>33</sup>.

### 3.1.2 Distrato e transação por adesão

As partes contratantes podem resilir o vínculo contratual. Quando esta resilição se dá de forma bilateral, temos o que se denomina distrato. A questão envolvendo o distrato por adesão pode soar estranha tendo em vista o que afirmamos logo acima: o estreitíssimo, quando muito, espaço negocial por parte daquele que adere ao conteúdo contratual. No entanto, a prática, mais uma vez, demonstra que tal hipótese ocorre com relativa frequência. Não raras vezes nesses casos, o trabalhador aderente se vê obrigado, para se desobrigar do vínculo contratual, a abrir mão de alguns direitos que somente lhe seriam conferidos após uma longa e árdua batalha judicial. Queremos nos referir aqui, especialmente, aos contratos de trabalho rescindidos por ocasião de planos de demissão voluntária instituídos por empresas estatais.

Com a pressão exercida sobre o Estado para que ele diminua seu tamanho, retirando-se de atividades que, segundo o *Consenso de Washington*, não lhe são inerentes, temos verificado os processos de privatização dessas empresas estatais, ou até mesmo a restrição de suas atividades a

32 Tratamos deste tema com mais vagar no nosso: *Teoria contratual contemporânea: função social do contrato e boa-fé*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

33 Veja-se, sobre as *diretrizes interpretativas da função social do contrato* em Miragem (2005, p. 22-45); Gomes (2003, p. 597-612).

determinados setores, v.g. os bancos estatais. Nesse processo, tanto numa hipótese quanto noutra, haverá a diminuição no número de funcionários, todos eles admitidos por meio de concursos públicos.

Para que o objetivo seja atingido – o enxugamento da máquina estatal – estas empresas instituem os planos de demissão voluntária, nos quais são conferidos aos funcionários os pagamentos das verbas rescisórias acrescidas de um valor a título de estímulo de adesão ao plano.

Ocorre que, para que a demissão se dê nessas circunstâncias, o funcionário deve aderir a um termo formal em que ele reconhece a plena quitação de todas as verbas trabalhistas, nada mais tendo a reclamar. É modalidade contratual múltipla: onde se verifica traços do distrato (na dissolução do vínculo de emprego) e da transação (na qual o trabalhador dá como plena a quitação de qualquer obrigação derivada da relação de emprego, nada mais tendo a reclamar).

Na maioria dos casos, temos presenciado situações em que o funcionário acaba aderindo ao plano sem que lhe sejam pagas as horas trabalhadas extraordinariamente, somente para citar o exemplo mais comum. A empresa pública ao ser acionada na justiça trabalhista alega que os direitos foram transacionados, nada mais devendo ao funcionário.

Diante do caso concreto, é facilmente verificável que:

a) muitos funcionários aderem ao programa tendo em vista a privatização ou a redução da atividade setorial da empresa, o que implica iminente risco de demissão ou estagnação profissional, caso permaneça na empresa;

b) os funcionários são expostos a uma forma de transação por adesão, no melhor estilo “pegar-ou-largar”, o que lhes restringe substancialmente o poder de negociação;

c) a questão envolvendo as complexidades relativas a um processo de demissão individualizado se resolvem em favor da empresa, já que a negociação se dá em número expressivo de funcionários, segundo um só conjunto de cláusulas-regras;

d) há substancial diminuição de risco de ações judiciais futuras, o que implica, no curto prazo, elevada diminuição de provisionamento de passivos trabalhistas no balanço dessas empresas, melhorando seus resultados e tornando-as mais atraentes em caso de privatização. Esse é quadro abreviado do entorno dessa relação (dis)contratual desigual.

É consabido que o direito trabalhista guarda características próprias em função de sua legislação específica e dos direitos emanados a partir da Constituição da República.

Nada obstante, também é consabido que as normas de Direito Civil e direito processual civil se aplicam de forma subsidiária às normas trabalhistas, com o devido sopesar considerando o bem jurídico tutelado: o direito do trabalhador. Assim, no caso analisado, estamos diante de uma circunstância que abarca os fundamentos do Direito Constitucional, do Direito Trabalhista e da *teoria contratual contemporânea* (Direito Civil), razão pela qual optamos por abordá-lo<sup>34</sup>.

A transação encontra disposição legal no Código Civil.

Essa lei trata de regular a relação jurídica entre particulares, permitindo que sejam transacionados direitos disponíveis.

A mesma lei possibilita aos contratantes a renúncia a direitos de natureza patrimonial, já que a autonomia privada ainda vigora.

Assim, com base no Código Civil, poderiam os transatores realizar ajustes negociais segundo os seus interesses, manifestados segundo a sua autonomia negocial.

Não se pode olvidar, como bem salienta Aldacy Rachid Coutinho (2003, p. 168),

o trabalho é salário, mas salário não é tudo; trabalho sempre será um processo de identificação dos momentos de reprodução social, reinventada a cada momento e a conquista de condições dignas de vida expressas em direitos.

Nesse passo, o trabalhador não perde a condição de parte mais fraca, cuja tutela da dignidade exige reforços hermenêuticos materializando os dispositivos constitucionais, também na relação de distrato e transação desencadeada pelos planos de demissão voluntária.

34 Da mesma forma como as ciências tendem a se isolar, na própria ciência jurídica há uma tendência à compartimentação dos ramos do direito. Quando muito se fala em interdisciplinaridade, porém, como ensina Morin (2003, p. 136-138), a "interdisciplinaridade controla tanto as disciplinas como a ONU controla as nações. Cada disciplina pretende primeiro fazer reconhecer sua soberania territorial, e, à causa de algumas magras trocas, as fronteiras confirmam-se em vez de desmoronar. Portanto, é preciso ir além, e aqui aparece o termo 'transdisciplinaridade'. [...] Precisamos, portanto, promover uma nova transdisciplinaridade [...]. O paradigma que denomino simplificação (redução/separação) é insuficiente e mutilante. É preciso um paradigma de complexidade, que, ao mesmo tempo, separe e associe, que conceba os níveis de emergência da realidade sem os reduzir às unidades elementares e às leis gerais".

No complemento, a professora paranaense acrescenta, ao tratar da hipossuficiência do trabalhador, que tal reconhecimento se traduz mais em “garantia do cidadão-trabalhador diante do poder diretivo do empregador-poder de comandar, normativo, de fiscalizar, punitivo; um poder quase absoluto que o caracteriza na contratualidade, agasalhado juridicamente e não legislado, de forma a permanecer intocável”, do que em mero reconhecimento de desigualdade dos sujeitos na relação de emprego (COUTINHO, 2003, p. 168).

Esse mesmo poder é maximizado na forma como o distrato/transação é realizado.

Se o contrato de trabalho e o distrato/transação redundam de acordo de vontades, a adesão a estes planos de demissão, na forma desigual aqui exposta, equipara o bem jurídico tutelado a qualquer outra troca mercantil.

Releva observar, ainda nesse passo, que no Direito do Trabalho as normas de incidência têm natureza imperativa, não permitindo aos transatores afastá-las, ressalvadas aquelas hipóteses legalmente previstas.

Note-se que mesmo aqueles direitos de natureza essencialmente patrimonial, v.g. contribuições previdenciárias e contribuições ao FGTS, não estão na esfera de disponibilidade na relação jurídica empregado-empregador, a despeito do que ocorreria numa relação jurídica regida puramente pelo Código Civil<sup>35</sup>.

A natureza imperativa da lei trabalhista, associada à indisponibilidade de direitos trabalhistas, dá suporte ao princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas, a teor do disposto no art. 9º da Consolidação das Leis do Trabalho. Como se pode notar, a lei trabalhista, a exemplo do que ocorre com a lei consumerista, busca proteger de todas as formas a parte mais frágil na relação contratual de emprego, tendo em vista o já apontado poder naturalmente detido pelo empregador.

Diante dessas considerações, a irrogada transação não pode surtir todos os efeitos jurídicos como querem fazer crer os empregadores que a oferecem aos seus empregados.

Nesses casos, a transação, instituto de Direito Civil, deve ser interpretada segundo os temperamentos da *teoria contratual contemporânea* e do

35 Ainda que por mera hipótese a questão fosse regulada pelo atual Código Civil, acreditamos que essa lei seria suficiente a dar suporte à impossibilidade de transação de direitos no caso apresentado, nomeadamente em função da filtragem hermenêutica imposta pelo art. 6º da Constituição da República.

Direito Trabalhista, sem olvidarmos, em primeiro plano, dos arts. 6º e 7º da Constituição da República.

É que no âmbito do direito contratual contemporâneo não mais importa se perquirir apenas acerca da manifestação do consentimento, e sim há de se perquirir prioritariamente acerca da justiça da troca, impondo concluir que a problemática da equivalência das causas supera a problemática do consentimento (MACEDO JÚNIOR, 1998b, p. 108).

Para finalizarmos este tópico, é imperioso registrar que o Tribunal Superior do Trabalho vem decidindo parcialmente dessa forma. É que a eficácia plena da transação, segundo o entendimento do pretório, somente vem sendo afastada nas hipóteses em que o instrumento de resilição lavrado não discriminar detalhadamente as obrigações quitadas.

Ousamos discordar desse entendimento. As condições dessa (des) contratação, já observamos, não permitem ao trabalhador que adere ao plano de demissão voluntária interferir em nenhum dos seus termos.

### 3.2 Condições gerais de contratação

Por condições gerais de contratação entende-se o rol de cláusulas contratuais elaboradas prévia e unilateralmente para um número indeterminado de contratos, o qual não se encontra necessariamente inserido no conteúdo do contrato no momento da sua celebração (MARQUES, 2002, p. 59) para serem aceitas em bloco, sem negociação individualizada ou possibilidade de alterações singulares (SÁ, 2001, p. 212).

Fadadas a um quadro negocial padronizado, as condições gerais de contratação remetem-nos a uma valoração a ser feita tendo como referência não o contrato singular ou as circunstâncias do caso, e sim o tipo de negócio em causa e os elementos que normativamente o caracterizam, no interior de um regulamento contratual genericamente disposto (SÁ, 2001, p. 213 e 259).

É que essas condições visam buscar padronização diversa daquela obtida pela proliferação dos contratos de adesão: enquanto nestes o aderente se vê completamente exposto ao arbítrio do proponente<sup>36</sup>, naquele ambos os contratantes se vêem submetidos a um regramento geral.

36 Note-se que a regulamentação europeia sobre o assunto (Diretiva 13/93) visa estabelecer condições justas de contratação, afastando a utilização de cláusulas abusivas na relação jurídica estabelecida entre o consumidor e um profissional (art. 1º).

Por isso as condições gerais de contratação buscam regular as formas de contratação em massa, controlando, assim, o conteúdo do contrato<sup>37</sup>.

Independentemente de o conteúdo do contrato celebrado conter expressamente essas cláusulas, a relação jurídica estará submetida a tais condições. Podem as cláusulas derivar, ainda, como acentua Mario Almeida da Costa (1980, p. 85),

de recomendação ou associações profissionais ou empresariais do mesmo ramo ou setor, as que nascem de estipulação bilateral de representantes dos grupos interessados no tipo de relações contratuais em causa, ou, ainda, as confiadas à redação de terceiro, a título de mediador.

Outro aspecto fundamental diz respeito ao conhecimento de tais cláusulas, sob pena de o aderente não se ver obrigado ao cumprimento do contrato. Claudia Lima Marques (2002, p. 62) elucida tal situação, afirmando

que não basta que o fornecedor determine ao seu departamento jurídico que elabore uma lista de cláusulas ou condições gerais e estas fiquem nas mãos do gerente da loja para que desta vontade unilateral do fornecedor se originem direitos e deveres para os futuros contratantes.

Não é suficiente, também, somente a informação; torna-se necessário, por força do art. 46 do CDC, que o aderente tenha plena ciência do sentido e alcance das disposições contratuais.

O Capítulo VI do CDC tratou de regular a forma como tais cláusulas serão inseridas de modo que o aderente firme relação jurídica consubstanciada na certeza de que a outra parte deverá agir de forma transparente.

Do exposto, é de se concluir que as condições gerais de contratação encontram no ordenamento jurídico pátrio, com aproximação à proposta europeia, regramento apenas no CDC<sup>38</sup>. Entretanto, isso não significa es-

37 Em Portugal o Dec. Leg. n. 249/99, ato legislativo que efetivou a transposição da Diretiva 13/93/CEE, estende-se também às cláusulas inseridas em contratos individualizados, a cujo conteúdo previamente elaborado o destinatário não pode influenciar.

38 Não se pode deixar de reconhecer, ainda, a função desempenhada pelas Agências Reguladoras segundo as atribuições previstas em leis que regulam determinados setores da economia. Por suas resoluções e outros atos administrativos, também introduzem, em determinados casos, condições gerais de contratações de serviços. Veja-se, por exemplo, a Resolução n. 85/1998 da Anatel, que em seu art. 61 dispõe que as concessionárias, no caso de ligações realizadas dentro do território nacional há mais de 90 dias, contados da realização da ligação, impede a cobrança via fatura, devendo a dívida ser objeto de negociação entre o consumidor e a concessionária. Temos outro exemplo na Resolução Normativa n. 44/2003 da ANS, que proíbe os hospitais de exigirem qualquer tipo de caução para atendimento de consumidores que tenham contratos com operadoras de planos de saúde.

tagnação legislativa, porquanto o art. 51 do referido estatuto, que trata das cláusulas abusivas (espécies de condições gerais de contratação)<sup>39</sup> encontra oxigenação nas portarias editadas anualmente pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça em razão do permissivo constante do art. 56 do Decreto n. 2.181/97. Ao definir anualmente cláusulas contratuais abusivas, essas portarias acabam explicitando algumas condutas contratuais condenáveis e, por consequência, aditam o rol exemplificativo do art. 51 do CDC, especificando essas práticas<sup>40</sup>. Pelo mesmo expediente pode a SDE particularizar determinadas hipóteses previstas no rol das práticas comerciais abusivas<sup>41</sup>.

Como mais uma consequência da sociedade de massa, o controle das condições gerais de contratação, seja por meio de regulamento administrativo, seja por lei, seja por controle jurisdicional, reclama do Estado o intervencionismo indireto, ou dirigismo (LÔBO, 1991, p. 11), visto que não há buscar a justiça contratual sem que sejam impostas regras claras que minimizem a desigualdade na relação entre contratantes.

### ***3.2.1 Aspectos interessantes na Diretiva 93/13<sup>42</sup> da Comunidade Européia: controle de cláusulas contratuais abusivas e a base CLAB***

Dentre vários aspectos importantes que compõem a política de controle de cláusulas abusivas buscando proteção aos consumidores dos Estados

39 Assim Nelson Nery Junior (apud GRINOVER, 2004, p. 514).

40 Portarias n. 4/1998, 3/1999, 3/2001 e 5/2002.

41 Exemplo disso é a Portaria n. 7/2003, que considera prática comercial abusiva, para efeitos de fiscalização por órgãos públicos de defesa do consumidor, a interrupção da internação hospitalar em leito clínico, cirúrgico ou em centro de terapia intensiva ou similar, por motivos alheios às prescrições médicas.

42 Com o advento da Diretiva 93/13, da Comunidade Européia, buscou-se a aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados Membros relativas às cláusulas abusivas em contratos celebrados entre profissionais e consumidores (art. 1º). Para efeitos desta Diretiva, cláusulas abusivas são aquelas que não tenham sido objeto de negociação individual, sendo consideradas abusivas quando, a despeito da exigência de boa-fé, derem origem a um desequilíbrio significativo em detrimento do consumidor, entre os direitos e obrigações das partes decorrentes do contrato (art. 3º). A transposição do texto comunitário para a ordem jurídica interna de cada Estado Membro terminou em maio de 1998. A Itália efetuou a transposição para o seu Código Civil, outros Estados Membros, como Alemanha, Portugal e Espanha, o fizeram alterando as leis anteriores que regulavam as condições gerais de contratação, havendo, aqueles que optaram por alterar a sua legislação consumerista (Luxemburgo, Reino Unido e Bélgica) e aqueles, ainda, que optaram por uma nova lei (França). Para um apanhado geral acerca da transposição tardia e incompleta da Diretiva, com observações particularizadas das suas dificuldades consultar o *Relatório da Comissão sobre a aplicação da Diretiva 93/13/CE do Conselho, de 5-4-1993 relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores* (Bruxelas, 27-4-2002,



Membros da Comunidade Européia (Diretiva 93/13/CEE), dois merecem destaque, tendo em vista a abordagem escolhida neste ensaio: a questão relativa ao controle das cláusulas contratuais e a questão relativa à formação de uma base de dados (base CLAB) na qual consta o repertório de jurisprudência<sup>43</sup> das cláusulas abusivas. Ambas as questões serão brevemente explanadas a seguir.

### 3.2.1.1 Controle de cláusulas contratuais abusivas

Além do controle judicial do conteúdo contratual, por ocasião do acionamento por parte do aderente, a Diretiva 93/13/CEE<sup>44</sup> impõe o controle abstrato das condições gerais de contratação<sup>45</sup>.

Essa forma de controle se destina a erradicar do tráfico jurídico as condições gerais iníquas, independentemente de sua efetiva inclusão em contratos singulares (SÁ, 2001, p. 78).

Com efeito, a Diretiva 93/13/CEE impõe a todos os Estados Membros, em prol do interesse dos consumidores e dos profissionais concorrentes, a existência de meios adequados e eficazes para pôr termo à utilização das cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores por um profissional (art. 7º).

Para tanto, deverão ser criadas possibilidades de legitimação processual amplas, habilitando pessoas ou organizações que detenham interesse legítimo na defesa do consumidor, diante de tribunais ou órgãos administrativos competentes para decidir se determinadas cláusulas contratuais, redigidas com vista a uma utilização generalizada, têm ou não um caráter abusivo, e para aplicar os meios adequados e eficazes para pôr termo à utilização dessas cláusulas.

COM (2000) 248 final). Ainda para uma boa noção acerca das dificuldades e complexidades na unificação do direito contratual na Comunidade Européia consultar também Alpa (1998, p. 1.015 - 1.030) *Primeiro Relatório Anual sobre os progressos obtidos em matéria de direito europeu dos contratos e revisão do acervo* (Bruxelas, 23-9-2005. COM (2005) 456 final); COLLINS, Hugh. *The voice of community in private law discourse*, p. 407-421.

43 A categoria jurisprudência aqui deve ser entendida como qualquer aplicação concreta da Diretiva 93/13/CEE, não só por decisões ou acordos judiciais, como também por decisões administrativas, acordos voluntários e decisões arbitrais.

44 Este controle já era permitido pela lei portuguesa antes do advento da Diretiva 93/13/CEE.

45 No Brasil, o Código de Defesa do Consumidor na versão aprovada pelo Congresso Nacional previa no § 3º do art. 51 o controle abstrato e preventivo das cláusulas contratuais por meio do inquérito civil. Esse parágrafo foi vetado pelo Presidente Fernando Collor de Mello. No entanto, afirma Nelson Nery Junior, este controle abstrato não está inviabilizado tendo em vista o inquérito civil que antecede a ação civil pública, prerrogativa institucional do *Parquet*, regulado pela Lei n. 7.347/85, aplicável à legislação consumerista por menção expressa de seu art. 90 (GRINOVER, 2004, p. 515 e 592-593).

A Diretiva 98/27/CE, de 19-8-1998, trata exclusivamente das ações inibitórias e busca aproximar as disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados Membros para a proteção dos interesses coletivos dos consumidores incluídos em outras diretivas<sup>46</sup>, assim como visa garantir o bom funcionamento do mercado interno (art. 1º).

Essas ações buscam fazer com que aqueles que utilizam cláusulas abusivas acabem por se abster dessa prática.

Aqui vale esclarecer que em vários Estados Membros da Comunidade Européia é comum os órgãos de classe, câmaras de comércio, entre outros, elaborarem as condições de contratação de determinados setores da economia.

Dáí serem as ações inibitórias, muitas vezes, dirigidas diretamente a esses órgãos buscando alcançar o maior número possível de profissionais que contratam com os consumidores europeus.

Releva observar, ainda, que estão abrangidas por essa forma de controle também as cláusulas substancialmente equiparáveis àquelas já consideradas abusivas.

Como bem observa Almeno de Sá (2001, p. 79), nessa forma de controle abstrato obtém-se uma tutela institucional,

autorizando a fiscalização judicial de cláusulas sem que se torne necessária a sua utilização concreta em qualquer negócio jurídico, o que, todavia, se vai refletir, ainda que indiretamente, nas relações contratuais singulares.

A legitimidade processual ativa para controle abstrato de condições gerais de contratação é detida, conforme a legislação nacional do Estado Membro, pelo Ministério Público, associações de defesa dos consumidores e outras entidades coletivas que tenham entre suas atribuições a defesa de contratantes. Podem ser equiparadas ao Ministério Público, outras instituições nos Estados Membros da CEE, cujas finalidades e justificativas de ser, se identificam na defesa dos consumidores promovida por algum órgão “estatal”.

46 Diretiva 84/450/CEE do Conselho, de 10-9-1984 (publicidade enganosa); Diretiva 85/577/CEE do Conselho, de 20-12-1985 (contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais); Diretiva 87/102/CEE do Conselho, de 22-12-1986 (crédito ao consumo); Diretiva 89/552/CEE do Conselho, de 3-10-1989 (atividades de radiodifusão televisiva); Diretiva 90/314/CEE do Conselho, de 13-6-1990 (viagens organizadas, férias organizadas, férias organizadas e circuitos organizados); Diretiva 92/28/CEE do Conselho, de 31-3-1992 (publicidade dos medicamentos para uso humano); Diretiva 93/13/CEE do Conselho, de 5-4-1993 (condições gerais de contratação); Diretiva 94/47/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26-10-1994 (*time-sharing*).

É o caso, por exemplo, do *Ombudsman* nos países nórdicos e do *Office of Fair Trading* no Reino Unido<sup>47</sup>.

### 3.2.1.2 A base de dados CLAB

Evidentemente que para o efetivo controle das cláusulas abusivas no âmbito da Comunidade Europeia<sup>48</sup>, necessária é a adoção de um local comum para que todos os Estados Membros adquiram uniformidade de decisões e de práticas contratuais anti-abusivas. Como frisa Guido Alpa (1998, p. 1.020-1.021), “não é suficiente somente a circulação de modelos jurídicos formais; é necessária também a circulação de ‘práticas’ contratuais e comerciais, e a circulação de modelos de decisões”.

Em termos concretos, a União Europeia adotou uma base de dados (CLAB), cujo conteúdo está disponível na Internet<sup>49</sup> e pode ser pesquisado de duas formas:

a) por meio de *checkboxes*, em que estão disponibilizados alguns critérios de busca previamente dispostos (ex: tipo de contrato, setor econômico, circunstâncias contratuais mais corriqueiras – como lealdade, acesso à justiça, *performance*, etc.);

b) por meio de palavras-chave que podem ser livremente digitadas.

47 Cf. *Relatório da Comissão Sobre a Aplicação da Directiva 93/13/CE do Conselho, de 5-4-1993 relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores* (Bruxelas, 27-4-2002, COM (2000) 248 final, p. 27. Vale ressaltar a experiência do Reino Unido, onde o *Office of Fair Trading* juntamente com uma associação que representa 85% do setor de locação e *leasing* de veículos, elaborou um novo contrato de adesão, revelando um controle *a priori* das condições contratuais. Os índices de acordos coletivos variam conforme o Estado Membro. Na Suécia, por exemplo, em função de negociações realizadas em setores específicos, o número de decisões proferidas pelos tribunais diminuiu significativamente.

48 Não só no que diz respeito às cláusulas abusivas, a União Europeia vem realizando um trabalho de sistematização de resultados internos o qual visa maior homogeneidade de tratamento e fluidez de informações relevantes. No que diz respeito à segurança geral de produtos postos no mercado de consumo, a União Europeia adotou um sistema de alerta rápido para os produtos que representem grave risco aos consumidores, no qual os Estados Membros informam imediatamente eventuais ocorrências à Comissão por meio do Sistema de Troca Rápida de Informação (RAPEX) entre os Estados Membros e a Comissão, cujo acesso pode, aliás, ser alargado aos países candidatos a membros da comunidade. Para detalhamento do sistema, consultar a Diretiva 2001/95/CEE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3-12-2001, relativa à segurança geral dos produtos e as Decisões 1999/815/CE da Comissão, de 7-12-1999, que adota medidas de proibição da colocação no mercado de brinquedos e artigos de puericultura destinados a ser introduzidos na boca por crianças com menos de três anos de idade, fabricados em PVC maleável que contenha ftalatos, e 2004/418/CE da Comissão, de 29-4-2004, que estabelece orientações relativas à gestão do sistema comunitário de troca rápida de informação (RAPEX).

49 Disponível em: <<https://adns.cec.eu.int/CLAB/SilverStream/Pages/pgHomeCLAB.html>>. Acesso em 20 dez. 2005.

São indiscutíveis as vantagens advindas da *base CLAB*, especialmente considerando que as decisões lá armazenadas decorrem de casos submetidos a processos judiciais, administrativos e de arbitragem.

No caso de Portugal, apenas para citar o exemplo do sistema de informações adotado por um dos Estados Membros, os tribunais que apreciam a abusividade das cláusulas, se esse for o caso, têm a obrigação de notificar o Gabinete para as Relações Internacionais, Européias e de Cooperação, informando a decisão, transitada em julgado, que tenha proibido o uso ou a recomendação de cláusulas contratuais gerais ou que declare a nulidade de cláusulas inseridas em contratos singulares<sup>50</sup>.

À primeira vista, o modelo parece perfeito, no entanto, somente para se estudar as dificuldades existentes em Portugal, afirma Viriato Ferreira de Castro (2005),

a sua fonte é de difícil descobrimento e a sua organização deficiente; a sua apresentação é decididamente pouco apelativa, não havendo nos portais de busca *on-line* mais utilizados referências a tal serviço; não há garantia alguma de que o registro seja exaustivo; a confusão entre decisões vertidas em ações inibitórias e decisões proferidas no âmbito das ações individuais é gritante.

Como se percebe, a implantação desse sistema de controle de cláusulas abusivas na Comunidade Européia, trilhado já um significativo caminho (previsão legal e implantação), é complexa e merece nossos olhares para as soluções e para os problemas lá detectados, como, aliás, fizemos por ocasião dos estudos preliminares que inspiraram o anteprojeto do nosso Código de Defesa do Consumidor<sup>51</sup>.

As dificuldades de implantação da base CLAB, como de resto ocorre em outros setores que estão sendo gradativamente uniformizados, não se mostram hábeis à rejeição da idéia.

Em nosso país não existe tal proposta, porém não podemos deixar de registrar que as portarias da SDE se baseiam, não raras vezes, em matéria pacificada no Superior Tribunal de Justiça em julgamentos que tratam de direito consumerista.

Longe de ser uma base de dados, é, certamente, um instrumento de referência extremamente útil e de pouco conhecimento dos operadores

50 Art. 34 do Dec. Leg. n. 446/85. Portugal adota, ainda, a sua base de dados de cláusulas abusivas, disponível na Internet: <http://www.dgsi.pt/gdep.nsf>.

51 Sobre os debates e estudos que antecederam o anteprojeto do CDC consultar Grinover (2004, p. 1 - 3).

jurídicos que militam na área, tanto na realidade do foro quanto na realidade acadêmica. Muito pouco se tem escrito sobre esses instrumentos.

No território brasileiro, nada impede que as associações de defesa de consumidores adotem, de forma centralizada, uma base de dados idêntica.

Tal medida não teria, pelo menos até que surja uma lei regulando essa hipótese, o condão de afastar do ambiente comercial as cláusulas judicialmente já reconhecidas como abusivas.

Também o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (Ministério da Justiça), a exemplo do que já ocorre no seu Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor (Sindec), o qual informa aos consumidores, via Internet<sup>52</sup>, quais os fornecedores que tiveram contra si reclamações em Procons de todo o país<sup>53</sup>, poderia implantar uma base de dados armazenando julgados que tratassem de cláusulas abusivas. Certamente essas duas alternativas, ou uma delas, serviriam como um provedor de soluções judiciais em determinadas circunstâncias e poderiam contribuir substancialmente para o aperfeiçoamento da implantação da política de defesa dos consumidores, a teor do disposto no art. 4º do CDC, podendo essa forma de aprimoramento do direito de informação ser incluída entre os chamados direitos do consumidor de segunda geração<sup>54</sup>.

Atualmente nos deparamos com o avanço tecnológico de inúmeros tribunais pátrios que disponibilizam *on-line* seu acervo de jurisprudência e, além disso, por sua assessoria de imprensa, divulgam diariamente as decisões recentes mais relevantes.

Por que não, então, um só local armazenando todas as questões relativas às cláusulas abusivas?

Por que não irmos um pouco mais além, centralizando num só local as informações de todos os julgados em matéria de direito consumerista?

52 <http://www.mj.gov.br/DPDC/sindec/sindec.html>. Acesso em 21 fev. 2005.

53 O sistema encontra-se em fase de implantação, razão pela qual os consumidores de muitos Estados da Federação ainda não podem realizar a consulta *on-line* porque os Procons de apenas dez Estados estão integrados/conveniados ao sistema, sendo que outros quatro estão em fase de capacitação e um em fase preparatória.

54 A expressão foi utilizada por Antonio Herman Benjamin (*15 anos do CDC: da elaboração à efetividade*. Palestra proferida em 8-9-2005 no Congresso Internacional de Direito do Consumidor realizado em Gramado/RS. O jurista se referiu, consolidados os direitos do consumidor após 15 anos de CDC, a novas necessidades e proteções dos consumidores, de segunda geração, tais como: diálogo e cooptação de fontes legislativas, igualitarismo assimétrico, coordenação entre a política de defesa do consumidor e a da concorrência, super-endividamento, entre outros.

Creemos que isto seja algo a se pensar seriamente, acrescentando que tão-logo será esta uma necessidade premente se quisermos ver prosperar o direito consumerista de forma uniformizada no âmbito do Mercosul.

Aproveitando que estamos praticando um exercício hipotético, não podemos deixar de comentar a recente alteração do CPC pela Lei n. 11.277/2006, acrescentando o art. 285-A, nos seguintes termos:

Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

§ 1º – Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação.

§ 2º. Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso.

Supondo que existisse a previsão legal de uma base de dados do tipo CLAB, a questão relativa ao julgamento de ação judicial envolvendo apreciação de cláusula contratual, já reconhecida em outro processo judicial como abusiva e, supondo que houvesse lei reconhecendo a validade dessa base de dados, a questão poderia ser mais rápida e efetivamente resolvida em termos idênticos aos previstos no recente art. 285-A do CPC, sem nos descurarmos da utilidade das já existentes súmulas. Em vez de se utilizar julgamentos do juízo como referência, que podem ser equiparados por analogia (casos idênticos), utilizar-se-ia os casos armazenados na base CLAB como referência.

### 3.3 Contratos relacionais<sup>55</sup>

A teoria dos contratos relacionais tem como um de seus principais fundadores o norte-americano Ian Macneil<sup>56</sup>, porém, neste breve estudo nos valeremos do posicionamento de Ronaldo Porto de Macedo Junior, o qual analisa com mais profundidade as questões relativas entre o poder, a solidariedade e a teoria relacional (MACEDO JUNIOR, 1998a, p. 147 e ss.),

55 Sobre esse tema ver, por todos Macedo Junior (1998a).

56 Ian Macneil, jurista e professor da Escola de Direito da Northwestern University of Chicago, reconhecido internacionalmente como autoridade em matéria de contratos e de arbitragem. Ao jurista norte-americano juntam-se os de origem européia, tais como, Hugh Collin, Thomas Wilhelmson e Patrick Selim Atyah.

acrescentando que esse autor apresenta trabalho pioneiro no que diz respeito aos contratos relacionais de consumo.

O influxo de constantes mudanças em processos produtivos, relacionados a elementos constitutivos de produtos e serviços, conforme já abordamos acima, acabam impossibilitando a redução de incertezas e neutralização de riscos a níveis minimamente aceitáveis (FARIA, 2000, p. 207).

Essa constatação reflete intensamente na esfera de direitos dos consumidores, que, na verdade, são, ao mesmo tempo, alvo e os responsáveis pela manutenção e impulso dessa estrutura. Da necessidade de contratar determinados serviços contínuos, ao contrário do que acontecia até meados do século XX, em que se contratava basicamente de forma descontínua, surgem modalidades de contratação que se prolongam no tempo, tendo como uma das características a incomensurabilidade na equivalência de trocas projetadas para o futuro (MACEDO JUNIOR, 1998a, p. 160).

Nota-se assim que a relação contratual relacional obedece a uma dinâmica exógena, cuja influência torna-se inegável às partes contratantes, à medida que tal relação passa a ter fundamento em deveres de cooperação mútua e de boa-fé.

Em tais contratos, em que a adaptabilidade é uma das características, ocorre o que Ricardo Lorenzetti denomina desmaterialização do objeto contratual, pois não se trata de bens ou coisas, senão regras de procedimento de atuação, fazendo com que ao longo do processo de cumprimento do contrato essas regras se adaptem a determinadas circunstâncias (LORENZETTI, 2000, p. 51-78).

A forma com que essa adaptação se dá, queremos crer, é que será balizada, tendo em vista os deveres de cooperação recíproca, solidariedade, boa-fé, as condições de contratação e a posição dos contratantes, especialmente nos casos dos contratos de adesão, que tratam de importantes formas de prestação de serviços.

Fenômeno contratual decorrente da massificação das relações interpessoais, o contrato relacional<sup>57</sup> é resultado da proliferação de fórmulas contratuais de massa, visando ao fornecimento de serviços no mercado. Sua

57 Claudia Lima Marques (2002, p. 68 e ss.) prefere a denominação contratos cativos de longa duração, cunhada pela doutrina contratualista europeia. José Eduardo Faria (2000, p. 208 e ss.) prefere a denominação contratos contínuos. Este último autor desenvolve a teoria contratual relacional com maior ênfase em contratos empresariais, não abordando, portanto, contratos de consumo.

principal característica é a criação de relações jurídicas complexas de longa duração, importando, em função dessa complexidade, em dependência dos clientes consumidores (MARQUES, 2002, p. 68).

Como observa Donald Nolan, o principal argumento que diferencia os contratos relacionais dos não-relacionais (descontínuos) é que aqueles partem da premissa segundo a qual a relação contratual deve responder a eventuais mudanças de circunstâncias, para que possa subsistir (NOLAN, 1996, p. 617) e, nesse contexto, os contratos de consumo cada vez mais passarão a estar protegidos, especialmente porque o desenvolvimento dessa relação jurídica será pautado por um dever de conduta guiado pela boa-fé (NOLAN, 1996, p. 618).

A relação contratual, assim vista, abandona a concepção (clássica) estática do contrato (LORENZETTI, 2000, p. 67) que o concebia como um instrumento que começa pelo consentimento dos contratantes e tem fim mediante a simples verificação de uma causa extintiva, para ser vista, a partir da constatação do fenômeno da sociedade de massa e de suas consequências, como efetivo instrumento de circulação de riquezas baseado na boa-fé, solidariedade e cooperação, importando deveres que vão para além daqueles expressamente previstos no pacto.

Cumprir observar, com Claudia Lima Marques (2002, p. 69),

que o novo aqui não é a espécie de contrato (seguro, por exemplo), mas a sua relevância no contexto atual, a sociedade de consumo atual beneficia e fomenta estes serviços, considerados, então, socialmente essenciais, a necessitar uma nova disciplina.

Se no atual modelo de Estado (pós-moderno, globalizado, mínimo, etc.) este desenvolve cada vez menos as atividades que lhe eram inerentes no modelo do Estado do bem-estar, cresce abruptamente a procura dos consumidores por serviços básicos prestados pela iniciativa privada, na sua maioria contratados por adesão e de trato sucessivo, v.g. planos de saúde, previdência privada, ensino, etc.

Aos exemplos mencionados, podem ser acrescentados os contratos bancários, o de cartão de crédito e o de fornecimento de outros serviços essenciais, além daqueles contratos de trabalho e os de natureza eminentemente empresarial (franquia, fornecimento, representação comercial, cooperação tecnológica, transferência contínua de tecnologia, etc.).



É da necessidade recíproca de manutenção do vínculo contratual relacional que surge uma das principais diferenças em relação aos contratos descontínuos, ressaltando-se que a necessidade não precisa ocorrer de ambos os lados<sup>58</sup>.

É que nessa relação contratual a parte que dispõe a prestação de serviço ao consumidor se coloca, via de regra, em situação de superioridade em relação ao consumidor, que apenas adere ao contrato.

Se nos contratos descontínuos prepondera o maior interesse na rescisão do vínculo com a devida restituição do que foi eventualmente pago, e eventual cumprimento de cláusula penal, nos contratos relacionais, em função das características já destacadas, o consumidor não teria interesse na ruptura do vínculo contratual.

Nesse tipo contratual avulta o conceito de cooperação, solidariedade e boa-fé, especialmente porque nessa relação as obrigações que emergem não são conformes à teoria contratual clássica<sup>59</sup>.

Sob a ótica dessa teoria, o contrato é visto como algo isolado e descontínuo. Atualmente, nos contratos, pactuam-se também procedimentos e regras de atuação correta, que unem as partes e que irão se especificando no decorrer do seu cumprimento (LORENZETTI, 1998b, p. 27).

A teoria dos contratos relacionais, assim posta, mostra-se como mais uma forma de limitar a autonomia privada.

Como observa Ronaldo Porto Macedo Junior (1998b, p. 192),

é certo que o reconhecimento das relações de poder nos contratos não nega o princípio da liberdade contratual. Por outro lado, não é menos correto que o seu reconhecimento abala sensivelmente os pressupostos clássicos da liberdade contratual e o papel do Estado como agente regulador e disciplinador das relações contratuais.

Ora, se há um dever de cooperação recíproca orientado pelo princípio da boa-fé objetiva<sup>60</sup>, por óbvio, a autonomia privada, com maior intensidade

58 Para se ter uma melhor noção acerca dos fundamentos de uma relação contratual relacional e suas distinções em relação aos contratos descontínuos, remetemos o leitor à já indicada obra de Ronaldo Porto de Macedo Junior, especialmente ao Capítulo IV, p. 147-258.

59 Assim também Atiyah (1996, p. 51).

60 Antunes Varela (1977, p. 108), já observava, ao comentar o Código Civil brasileiro de 1916, que os deveres "decorrentes do princípio geral da boa-fé, são relativamente freqüentes nas relações obrigacionais duradouras (como o contrato de seguro, o mandato, o depósito, o fornecimento, a conta-corrente, a locação e outras semelhantes, entre os quais o *leasing*, em qualquer de suas variantes). Mas avultam sobretudo nas relações obrigacionais que comprometem, em maior ou menor extensão, a própria personalidade dos contraentes no

nesse modelo contratual, fica ainda mais mitigada quanto maior a essencialidade do objeto do contrato.

A pressão exercida sob um dos atores contratuais em função de sua vulnerabilidade pode significar abuso de poder ou ato contrário aos bons costumes e à boa-fé exigida no tráfico jurídico, especialmente ao se levar em consideração uma categoria específica de contratante, os idosos e as pessoas de meia-idade, que não raro enfrentam sérias dificuldades para firmar contratos de planos de saúde<sup>61</sup> e de seguros de vida.

Nos contratos relacionais, as expectativas de continuidade do vínculo são compartilhadas pelos contratantes, de modo que, se tal vínculo é rompido de forma unilateral e abruptamente, a parte prejudicada encontraria muita dificuldade para celebrar um novo contrato nos mesmos termos, com um terceiro parceiro contratual.

Esse modelo contratual traz em sua essência a geração de expectativa de parceria mútua, inspirado pela confiança e cooperação verificadas no decorrer de seu cumprimento.

O Superior Tribunal de Justiça apreciou recentemente um caso que, não obstante não fazer menção expressa à teoria dos contratos relacionais, levou em consideração o fato de a administração do plano de saúde não poder, a seu talante, rescindir unilateralmente a relação contratual justificada pela impossibilidade de manutenção da avença.

cumprimento dos deveres ou no exercício dos direitos contratuais".

- 61 No caso de contratos que versam sobre planos de saúde nos quais o aderente é idoso, Claudia Lima Marques (2003, p. 194) enfatiza a vulnerabilidade potencializada, já que o consumidor idoso é fático e tecnicamente vulnerável. Nesta relação contratual temos o consumidor idoso diante de um profissional tecnicamente preparado e organizado quando se trata de uma cadeia de fornecimento de serviços. Antonio Herman Benjamin, ao tratar dos consumidores idosos e crianças os qualifica diretamente como consumidores hipossuficientes em função de sua pouca ou avançada idade (GRINOVER, 2004, p. 313). A respeito da hipossuficiência das crianças, especificamente quanto à forma com que são atingidas pela publicidade massiva, chama a atenção recente pesquisa realizada nas cidades do Rio de Janeiro e São Paulo na qual se detectou a influência das crianças nas compras familiares. Segundo a pesquisa, em 2005, 82% das crianças e adolescentes influenciaram as compras domésticas, e 23% dos gastos familiares em supermercados têm como causa o consumo dos filhos (*Jornal Valor Econômico*. Crianças têm mais poder de decidir a compra da casa. 8-12-2005, p. B5). Este consumo, em boa medida, se deve à contínua exposição de crianças à publicidade exibida em programas de televisão em horários estrategicamente colocados de modo a abranger o maior número possível de crianças (segundo o estudo realizado, 73% da escolha infantil tem como fator determinante a propaganda televisiva). A estatística citada demonstra claramente o efeito da publicidade, comprovando o poder de decisão das crianças nas compras domésticas. Diante desse quadro torna-se fácil entender a razão pela qual alguns países europeus restringem ou proíbem a publicidade ou patrocínio de programas realizados em determinados horários (Ex.: Suécia, Grécia, Alemanha e Dinamarca), conforme nos informa Mário Frota (*Deixai vinde a mim as criancinhas!* Os apetites do mercado por tão suculenta posta do lombo da publicidade. A publicidade infanto-juvenil: perversões e perspectivas, p. 4. Trabalho ainda não publicado).

O entendimento valeria mesmo que a lei aplicável à espécie não tivesse afastado a rescisão unilateral (Lei n. 9.696/98, art. 13, II, *b*), observou o relator.

É que nessas hipóteses os riscos do negócio são levados em conta no momento do cálculo do prêmio do seguro.

Além disso, porque se ocorrerem mais sinistros do que aqueles previstos pela seguradora não é o segurado quem tem que responder por isso.

O vínculo relacional, *in casu*, ficou salientado no voto do relator Min. Castro Filho<sup>62</sup> quando se referiu ao bem jurídico tutelado pelo contrato e o necessário dever de cooperação, decorrente da boa-fé objetiva, já que havia o consumidor sido submetido ao prazo de carência e que um eventual novo contrato, com outra seguradora, certamente o deixaria sem cobertura durante o novo prazo de carência.

Note-se que se o Judiciário anuísse com tal prática o consumidor acabaria exposto a uma prática leviana, porquanto a seguradora poderia, por um estudo estatístico, ao findar o primeiro ano de contrato, escolher contratar apenas com aquelas pessoas que pouco utilizavam o plano de saúde, o que, por certo, lhe retiraria o ônus do risco da atividade desenvolvida transferindo-o para o consumidor<sup>63</sup>.

Acrescentem-se, ainda, em se tratando de questões controvertidas de planos de saúde, aquelas hipóteses em que o consumidor necessite ser atendido, não tendo concorrido de nenhuma forma para a causa do atendimento, e tenha os benefícios do plano de saúde negados por não ter o prazo de carência se esgotado.

Nessas hipóteses também o beneficiário poderá exigir o cumprimento do avençado, porquanto se por razões imprevisíveis necessitou dos benefícios do plano de saúde, este não lhe pode negar a cobertura<sup>64</sup>.

62 "Consumidor. Plano de saúde. Cláusula abusiva. Nulidade. Rescisão unilateral do contrato pela seguradora. Lei n. 9.696/98. É nula, por expressa previsão legal, e em razão de sua abusividade, a cláusula inserida em contrato de plano de saúde que permite a sua rescisão unilateral pela seguradora, sob simples alegação de inviabilidade de manutenção da avença. Recurso provido" (STJ. REsp n. 602.397/RS. Min. Castro Filho, DJU 1º-8-2005, p. 443).

63 Sobre a distribuição dos riscos do contrato, consultar Lorenzetti (2000, p. 60).

64 Neste sentido decidiu o STJ: "Plano de saúde. Prazo de carência. Internação de urgência. O prazo de carência não prevalece quando se trata de internação de urgência, provocada por fato imprevisível causado por acidente de trânsito. Recurso conhecido e provido" (REsp. n. 222.339/PB. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. em 28-6-2001, v.u).

Bem de ver no exemplo acima que a já apontada e necessária adaptabilidade dos contratos relacionais, pautados por regras de procedimento de atuação, oportuniza e impõe a necessidade de adequação a determinadas circunstâncias, segundo os deveres de cooperação, boa-fé e solidariedade contratual.

Portanto, mesmo que a ruptura do vínculo ou a negativa de cumprimento do pactuado encontre respaldo legal ou contratual, ela deverá ser analisada sob a perspectiva contratual relacional, considerando as características próprias dessa relação contratual.

### 3.4 As redes contratuais

Princípio ainda vigente na teoria contratual é o da relatividade dos contratos (*res inter alios acta*).

Significa dizer: os contratos vinculam somente as partes que o firmaram.

Todavia, dada à complexidade das relações contratuais, que, em alguns casos, envolvem terceiros com interesses relacionados ao objeto contratado sem que, com isso, esses terceiros figurem na relação contratual, surge a necessidade de se rever o referido princípio a fim de que se possa em determinados casos afastá-lo ou mitigá-lo.

Esse fenômeno de interligação sistemática, funcional e econômica entre contratos estruturalmente diferenciados implica consequências jurídicas (LEONARDO, 2005, p. 128 e ss.) que desafiam o direito contratual contemporâneo. Com efeito, da mesma forma que a autonomia privada e o princípio do *pacta sunt servanda* já não atuam com o vigor de outrora, por certo outros postulados desse ramo do direito haverão de ser reinterpretados sempre, como já dito, sob a ótica constitucional cujo vetor magno de interpretação é a dignidade da pessoa humana, objetivando a consecução de uma sociedade justa e solidária.

Essa assertiva ganha maior relevo, ainda, se tomarmos em conta alguns tipos específicos de contratos, v.g. o de financiamento habitacional, seguros de saúde, seguros de vida e previdência privada, como salientado acima quando tratamos dos contratos relacionais.

#### 3.4.1 A figura do terceiro na relação contratual

Em regra o contrato não tem o condão de vincular, beneficiar ou prejudicar terceiro, daí a sua inoponibilidade a terceiros.

Todavia, poderá surgir oponibilidade em determinadas circunstâncias, *v.g.* nas hipóteses em que se dê ciência de determinados atos a terceiros mediante notificação (sujeitos determinados) ou publicidade (sujeitos indeterminados).

Ressalte-se, também, as hipóteses legalmente previstas que importam em reflexos jurídicos no patrimônio de terceiros, *v.g.* a promessa de fato de terceiro, contratos de seguro de vida, entre outros.

O CDC, observa Otavio Luiz Rodrigues Junior (2004, p. 91), resolveu outro significativo problema envolvendo o princípio da relatividade dos efeitos contratuais pela via da ampliação do conceito de fornecedor, já que diante dessa nova qualificação jurídica, prestadores de serviços, fabricantes, importadores, distribuidores e vendedores passaram a representar um monólito de responsabilidade perante o consumidor, dando fim a discussões sobre quem seria terceiro em face de um contrato específico.

Para o objetivo que norteia esta parte do ensaio, releva trazer ao debate aquelas hipóteses em que o terceiro não participou diretamente do negócio jurídico celebrado, mas pode vir a sofrer conseqüências do seu não cumprimento. Dito de outra forma, se seria possível admitir que um determinado contrato pode servir de fonte de direito oponível a alguém que não fez parte dele.

### *3.4.2 As redes contratuais vistas como um sistema: para uma visão além do princípio da relatividade*

Com base no escólio de Rodrigo Xavier Leonardo (2005, p. 136 e ss.) podemos afirmar que as redes contratuais buscam potencializar benefícios e diminuir riscos num mercado cuja característica é a competitividade e a especialização de seus integrantes.

As redes, dessa forma, facilitam sobremaneira a oferta de produtos e serviços e, ao mesmo tempo em que proporcionam o barateamento do bem ofertado, facilitam a circulação deste, porquanto neste sistema<sup>65</sup> o próprio

65 Referido autor (2003, p. 148), identifica na rede contratual um sistema, pois além da união de diversos elementos, a vinculação ocorre de forma organizada, o que favorece os objetivos de estabilidade, persistência temporal e equilíbrio. Note-se que o autor também parte de uma nova premissa para a análise da relação contratual: a relação obrigacional vista para além do binômio, direitos e deveres ou ainda, para além da diade obrigação/responsabilidade (*haftung und schuld*). Ela há de ser vista como um processo cooperativo entre partes para que estas vejam os fins colimados concretamente realizados.

conjunto de benefícios resulta otimizado, o que certamente contribui para atrair os contratantes.

Note-se que, a exemplo das vantagens obtidas na forma de contratação por adesão, as redes contratuais buscam otimizar um semelhante conjunto de vantagens, não por acaso.

A sociedade de massa, no que toca aos contratos, amoldou um conjunto de necessidades e soluções de fundamentos idênticos, justificado pela imperiosa necessidade de realizar elevados números de contratos no menor espaço de tempo e com o menor custo possível.

Como obstáculo à velocidade de contratação, o mercado depara-se com a necessidade de realização de tarefas complexas, implicando a impossibilidade do contratado em cumprir, em condições efetivas de concorrência, com o avençado sem que necessite de auxílio de um terceiro.

Daí se poder afirmar, com Ricardo Lorenzetti (1998a, p. 199-200), que há

um conjunto de partes interdependentes, de tal forma que uma não pode existir plenamente sem o concurso de outras. Precisa-se então de uma coordenação que gere um dever de cada uma das partes de contribuir para a manutenção do todo.

A existência a que se refere o jurista argentino deve ser entendida, a nosso ver, também, como condição de existência/sobrevivência no mercado concorrencial, implicando reconhecer que, na realidade pós-moderna, o campo fértil para que as redes contratuais se desenvolvam está lastreado, basicamente, em relações contratuais contínuas (relacionais) que devem dar conta de necessidades surgidas ao longo desse caminho.

Assim, a rede contratual, vista a partir da noção de sistema, não permite uma eventual confusão com um simples conjunto de contratos. É necessário que entre dois ou mais contratos que formam o sistema exista um vínculo funcional, um nexó objetivo, que justifique a percepção de uma rede (LEONARDO, 2003, p. 103).

Referido nexó objetivo não retira dessa forma de relação contratual os deveres inerentes a qualquer outra relação contratual, porém, a possibilidade de o terceiro sucumbir às consequências do não cumprimento do avençado por um dos contratantes se mostrará mais evidente, já que sua participação na rede se justifica também pela busca de lucro e espaço no mercado.

A visão sistêmica dessa relação contratual permite, segundo Ricardo Lorenzetti, identificar uma finalidade negocial supracontratual a justificar o nascimento e funcionamento de uma rede, em função do surgimento de um grupo e não de uma união convencional de contratos a serem analisados a partir dos vínculos individuais.

Daí se falar em deveres sistemáticos (LORENZETTI, 1998b, p. 30) independentes de uma causa jurídica que integre diretamente os componentes da rede.

O que não se pode desprezar é a existência de uma causa econômica impondo aos vínculos individuais um funcionamento como sistema (LORENZETTI, 1998b, p. 33).

Trata-se, dessa forma, de reconhecer a conexidade como pressuposto do funcionamento da rede contratual, diferentemente da integração, que resulta em vínculo estreito e asfixiante entre as partes que formalmente compõem o contrato (LORENZETTI, 1998b, p. 33).

A integração relaciona-se com a causa contratual, o que individualiza o vínculo, enquanto que a conexidade relaciona-se com a causa econômica, tornando o vínculo supracontratual.

Na integração, há um interesse associativo entre os contratantes, visto unicamente a partir do contrato estabelecido; na conexidade, o interesse associativo se satisfaz por intermédio de um negócio que requer vários contratos unidos num sistema; na integração a causa associativa é o elemento essencial do contrato, o qual tem transcendência normativa por ocasião de sua qualificação e interpretação; na conexidade, o elemento associativo se situa no plano do negócio ou do sistema, e não no do contrato, não sendo, portanto, um elemento essencial do contrato senão um pressuposto para o funcionamento do sistema (LORENZETTI, 1998b, p. 33-34).

O reconhecimento do vínculo supracontratual, o que felizmente já vem sendo reconhecido pelo Judiciário<sup>66</sup>, não pode deixar de ser visto como enorme avanço na construção da *teoria contratual contemporânea*, deixando entrever que as condições de mercado impõem obrigações e procedimentos que haverão de ser sempre levadas em consideração a partir das novas regras de balizamento do comportamento contratual.

66 Sobre este tema consultar Leonardo (2005, p. 100-112). Na obra do mesmo autor, indicada acima, também constam vários julgados dos tribunais estaduais tratando da matéria.

Outro fenômeno contratual relevante em matéria de redes contratuais, decorrente da atualidade e que não vem escapando à apreciação jurisdicional, é o caso da terceirização de atividades que visam baratear custos e atender melhor à demanda de mercado.

Seguindo esse norte, várias empresas contratam outras empresas (terceirizadas) para lhe prestarem serviços específicos de modo a poder concorrer no mercado com preços acessíveis, barateando custos internos. Com isso os ônus relativos aos encargos sociais dos empregados terceirizados são transferidos para empresa terceirizada, já que esta é a empregadora.

Ocorre que essa situação desaguiou em condutas ofensivas aos direitos desses trabalhadores que, não raras vezes, em demandas trabalhistas, acionam também a empresa tomadora dos serviços quando o seu empregador (empreiteiro) não tem condições de honrar com as obrigações pertinentes.

Nesses casos, a tomadora dos serviços vem sendo reiteradamente condenada, em regime de responsabilização subsidiária, ao pagamento dos direitos trabalhistas do empregado, com base na Súmula 331 do TST:

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial.

A súmula transcrita explicita claramente a aceitação pela Justiça Trabalhista da teoria das redes contratuais.

Acrescente-se, também, os julgados que apreciam contratos regidos especialmente pelo Código Civil, tais como o de empreitada, nos quais é possível notar que se impõe responsabilidade a todos os contratantes da rede, no caso de acidente de trabalho, também regido por lei especial.

É que, na hipótese, o tomador de serviços tem o dever de contratar empresa empreiteira idônea ou solvente, tendo em vista que quem pactua nessa forma o faz confiando na diligência e perícia desta. Portanto, o trabalhador acidentado em obra contratada por empreitada, a despeito do art. 19 da Lei n. 8.213/91, que define como acidente de trabalho aquele que ocorre



pelo exercício do trabalho a serviço da empresa, pode exigir indenização do empreitante que contratou empresa inidônea ou insolvente<sup>67</sup>.

A conclusão inexorável resulta da impossibilidade de o contrato, que deve desempenhar a sua função social, não poder ser utilizado como forma de se eximir o empreitante de responsabilidades perante terceiros quando verificada uma rede com finalidades supracontratuais.

A conclusão, certamente, imputa responsabilidades a quem elege os parceiros contratuais perante os demais contratantes envolvidos na rede.

As apreciações jurisdicionais acima observadas, existentes já à época do anterior Código Civil, revelam a responsabilidade de todos que compõem a rede contratual, deixando claro que o princípio da relatividade dos contratos já não vigora como antes, sendo necessário adaptar a teoria contratual às necessidades e realidades contemporâneas.

A bem da verdade, os contratos, sejam em rede, relacionais ou de adesão, têm o condão de disparar deveres pré-contratuais, contratuais e pós-contratuais, o que acaba, como aduz Paulo Nalin (2001, p. 255), produzindo “efeitos jurídicos existenciais e patrimoniais, não só entre titulares subjetivos da relação, como também perante terceiros. Contrato, hoje, é relação complexa solidária”.

É nessa nova ordem contratual que esperamos que ocorra a harmonia das relações intersubjetivas sem termos que, como diz Caetano Veloso, esperar que todos os homens concordem.

Afinal, é apenas uma das formas de harmonia possíveis, sem juízo final. Alguma coisa está entrando em ordem!

67 “Acidente do trabalho. Indenização com base no direito comum. Contrato de empreitada. Responsabilidade do empreitante. I – No contrato de empreitada, o empreitante somente responde solidariamente, com base no Direito Comum, pela indenização de acidente sofrido por trabalhador soldo do empreiteiro, nos casos em que seja também responsável pela segurança da obra, ou se contratou empreiteiro inidôneo ou insolvente. II – O empreiteiro não é de regra, preposto do empreitante. III – Não incidência do art. 1.521 do CC. IV – Recurso especial conhecido pela alínea c, mas ao qual é negado provimento”. Na referida sessão, o relator concluiu: “O problema, no entanto, no caso dos autos, consiste em que a recorrida Cia. Siderúrgica Belgo Mineira não era empregadora do acidentado, mas sim contratante da obra, sendo destarte mui relevante a distinção, feita no aresto, entre a relação do emprego e a *locatio operis*. Ao contrário do que pareceu ao juízo monocrático, do v. aresto consta a anotação de inexistência de culpa *in eligendo* na escolha da empreiteira, a qual seria, na razoável afirmativa da recorrida, ‘empresa especializada na montagem e desmontagem de equipamento industriais’ (fl. 194), responsável única, portanto, pela segurança de seus empregados. Como alude Pontes de Miranda, ‘quem conclui contrato de empreitada confia na diligência, na perícia e na pontualidade do empresário’ (Tratado de Direito Privado. Borsoi, vol. 44/419)” (STJ, REsp. n. 4.954/MG. Min. Athos Gusmão Carneiro. RSTJ 20/346-351).

## 4 REFERÊNCIAS

- ALVIM, Arruda. Cláusulas abusivas e seu controle no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 20, out./dez. 1996, p. 25-67.
- ALPA, Guido. Les nouvelle frontières du droit des contrats. *Revue Internationale de Droit Comparé*, n. 4, oct./dec. 1998, p. 1.020- 1.021.
- ARNAUD, André-Jean. *O direito traído pela filosofia*. Tradução Wanda de Lemos Capeller e Luciano Oliveira. Porto Alegre: SAFE, 1991.
- ATYAH, Patrick Selim. *An introduction to the law of contract*. 5. ed. Oxford: Oxford University, 1996.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 358, p. 91-114, 2001.
- BAUMAN, Zygmunt. *Globalization: the human consequences*. New York: Columbia University, 1998.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Tradução Carmen C. Varriale. 12. ed. Brasília: UnB, 1997.
- CALVAO DA SILVA, João. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*. Coimbra: Coimbra, 1995.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- CASTRO, Viriato Ferreira de. *O registo nacional de cláusulas abusivas*. Palestra proferida em 7-7-2005 na 2ª Conferência Nacional sobre Condições Gerais de Contratação, Palmela, Portugal.

COSTA, Mário Júlio Almeida da. Aspectos modernos do direito das obrigações. *Estudos de Direito Civil brasileiro e português*, São Paulo, 1980. I Jornada Luso-Brasileira de Direito Civil.

COUTINHO, Aldacy Rachid. A autonomia privada: em busca da defesa dos direitos fundamentais dos trabalhadores. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

COUTO E SILVA, Clóvis do. *Obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação: na idade da globalização e da exclusão*. Tradução Ephraim Ferreira Alves, Jaime A. Clasen e Lúcia M. E. Orth. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2000.

FROTA, Mário. *Deixai vinde a mim as criancinhas!* Os apetites do mercado por tão suculenta posta do lombo da publicidade. A publicidade infanto-juvenil: perversões e perspectivas. Trabalho ainda não publicado.

GHERSI, Carlos Alberto. *Contratos: problemática moderna*. Mendoza: Ediciones Juridicas Cuyo, [20-?].

GOMES, Orlando. *Contratos*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GOMES, Rogério Zuel. A função social do contrato no novo Código Civil: uma abordagem sob o prisma do Direito Civil-Constitucional. In: V Simpósio Nacional de Direito Constitucional, 2003, Curitiba. *Anais do V Simpósio Nacional de Direito Constitucional*. Curitiba: Associação Brasileira de Direito do Consumidor, v. 5, 2003, p. 597-612.

\_\_\_\_\_. *Teoria contratual contemporânea: função social do contrato e boa-fé*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. São Paulo: Forense, 2004.

GUILLAUME, Marc. A competição das velocidades. In: MORIN, Edgar et al. *A sociedade em busca de valores: para fugir à alternativa entre cepticismo e dogmatismo*. Tradução Luis M. Coceiro Feio. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

HOBSBAWN, Eric. *O novo século: entrevista a Antonio Polito*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Condições gerais de contratação e cláusulas abusivas*. São Paulo: Saraiva, 1991.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. A teoria das redes contratuais e a função social dos contratos: reflexões a partir de uma recente decisão do Superior Tribunal de Justiça. *Revista dos Tribunais*, n. 832, São Paulo, 2005.

\_\_\_\_\_. *Redes contratuais no mercado habitacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LORENZETTI, Ricardo Luis. Esquema de uma teoria sistêmica del contrato. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 33, jan./mar. 2000, p. 51.

\_\_\_\_\_. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998a.

\_\_\_\_\_. Redes contractuales: conceptualización jurídica, relaciones internas de colaboración, efectos frente a terceros. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 28, out./dez. 1998b, p. 22-58.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto de. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. São Paulo: Max Limonad, 1998a.

\_\_\_\_\_. Mudanças dos contratos no âmbito do direito social. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 25, jan./mar. 1998b, p. 99.

MARQUES, Claudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos no comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. Três tipos de diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: superação das antinomias pelo “diálogo das fontes”. In: PFEIFFER, Roberto A.; PASQUALOTTO, Adalberto. *Código*

*de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetrias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_. Solidariedade na doença e na morte: sobre a necessidade de ações afirmativas em contratos de plano de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

MIRAGEM, Bruno. Diretrizes interpretativas da função social do contrato. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 56, out./dez. 2005, p. 22-45.

\_\_\_\_\_. O Direito do Consumidor como direito fundamental: consequências jurídicas de um conceito, *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 43, jul./set. 2002, p. 111-132.

MORIN, Edgar. *A cabeça bem-feita: repensar a reforma, reformar o pensamento*. Tradução Eloá Jacobina. 10. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004.

\_\_\_\_\_. *Ciência com consciência*. Tradução de Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. 7. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Justicia contractual*. Buenos Aires: Ediar, 1977.

NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno (em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional)*. Curitiba: Juruá, 2001.

NOLAN, Donald. The classical legacy and modern english contract law. *The Modern Law Review*, Oxford, v. 60, jul. 1996, p. 617.

O GLOBO ON LINE. Cientista sul-coreano se demite após fabricação de resultados de clonagem. Disponível em <<http://oglobo.globo.com/ciencia/mat/2005/12/23/189732648.asp>>. Acesso em: 23 dez. 2005.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades. *Teoria jurídica e novos direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

OPPETIT, Bruno. *Droit et modernité*. Paris: Presses Universitaires de France, 1998.

PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Los derechos fundamentales*. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2004.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PUREZA, José Manuel. Para um internacionalismo pós-vestefaliano. In: SANTOS, B (Org.). *Globalização: fatalidade ou utopia?*. Porto: Edições Afrontamento, 2001.

RIPERT, Georges. *O regime democrático e o Direito Civil moderno*. Trad. de J. Cortezão. São Paulo: Saraiva e Cia., 1937.

\_\_\_\_\_. *La règle morale dans les obligations civiles*. 2. ed., Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1927.

RODRIGUES JUNIOR, Luiz Otávio. A doutrina do terceiro cúmplice: autonomia da vontade, o princípio *res inter alios acta*, função social do contrato e a interferência alheia na execução dos negócios jurídicos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 821, mar. 2004, p. 80-98.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988.

ROSENAU, Pauline Marie. *Post-modernism and the social sciences: insights, inroads, and intrusions*. New Jersey: Princeton University, 1991.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 10. ed. São Paulo: Cortez, 2005a.

\_\_\_\_\_. Os processos da globalização. In: SANTOS, Boaventura de Souza (Org.). *A globalização e as ciências sociais*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2005b.

SÁ, Almeno de. *Cláusulas contratuais gerais e directiva sobre cláusulas abusivas*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Filragem constitucional: construindo uma nova dogmática penal*. Porto Alegre: SAFE, 1999.

STIGLITZ, Rubén S. Cláusulas abusivas y control jurisdiccional de la administración: Estado de situación en Argentina. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 55, jul./set. 2005, p. 261.

\_\_\_\_\_. Aspectos modernos do contrato e da responsabilidade civil. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 13, jan./mar. 1995, p. 5-7.

TELLES, Inocência Galvão. *Direito das obrigações*. 7. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

TEPEDINO, Gustavo. Do sujeito de direito à pessoa humana. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 2, Rio de Janeiro. abr./jun. 2000. Disponível em: <<http://www.idcivil.com.br/pdf/biblioteca6.pdf>>. Acesso em: 11 jan. 2006.

\_\_\_\_\_. Código de Defesa do Consumidor, Código Civil e complexidade do ordenamento. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 56, out./dez. 2005, p. 9-11.

TEUBNER, Gunther. Breaking frames: economic globalization and the emergence of lex mercatoria. *European Journal of Social Theory*, Liverpool, v. 5, may 2002, p. 199-217.

TOURRAINE, Alain. *O que é a democracia?* Tradução Guilherme João de Freitas Teixeira. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1996.

UDA, Giovani Maria. Integrazione Del contratto, solidarietà sociale e corresponsabilità delle prestazioni. *Rivista Del Diritto Commerciale e Del Diritto Generale Delle Obbligazioni*, n. 5-6, Mag.-Giu. 1990, p. 301-342.

VARELA, Antunes. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.